

PROYECTO DE INTERÉS INSTITUCIONAL

**Impactos del nuevo Código Civil y Comercial
en el Derecho del Consumidor.
Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios**

Coordinador:

Sergio Sebastián Barocelli



Facultad
de Derecho
UBA

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
FACULTAD DE DERECHO
SECRETARÍA DE INVESTIGACIÓN
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES
AMBROSIO L. GIOJA

Proyecto de Interés Institucional

PII502

*Impactos del nuevo Código Civil y Comercial
en el Derecho del Consumidor.
Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios*

Coordinador:

Sergio Sebastián Barocelli

ISBN 978-987-42-2585-6

Primera Edición, Buenos Aires, 2016

Proyecto de Interés Institucional (PII 502)

Impactos del Nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios.

Universidad de Buenos Aires – Facultad de Derecho.

Secretaría de Investigación.

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja.

Coordinador: Sergio Sebastián Barocelli.

Reservados todos los derechos; queda prohibida la reproducción parcial o total sin previa autorización.

Índice

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR COMO ORIENTADORES DE LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN EN EL DIÁLOGO DE FUENTES.-	8
POR SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI	8
I. INTRODUCCIÓN.....	8
II. EL “DIÁLOGO DE FUENTES” COMO METODOLOGÍA DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.....	11
III. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y SU ROL EN LA TAREA HERMENÉUTICA.	20
IV. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.	37
UNA APROXIMACIÓN AL DIÁLOGO DE LAS FUENTES COMO HERRAMIENTA HERMENÉUTICA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.-	38
POR YAMILA CASTAGNOLA; DÉBORA MARHABA Y JAVIER ORDUNA	38
I. INTRODUCCIÓN.....	38
II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO.....	39
III. LA TEORÍA DEL DIÁLOGO DE LAS FUENTES EN LA CONCEPCIÓN DE ERIC JAYME	44
IV. LAS CONTRIBUCIONES DE CLAUDIA LIMA MARQUES A LA TEORÍA DEL DIÁLOGO DE LAS FUENTES.	45
V. LA GESTACIÓN DEL DIÁLOGO DE FUENTES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN: LOS FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO.....	47
VI. EL DIÁLOGO DE FUENTES Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.....	50
VII. DIÁLOGO ENTRE EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y EL SISTEMA PROTECTORIO DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: SUS PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN.....	52
VIII. DESAFÍOS PARA LOS OPERADORES DE LA JUSTICIA	54

**EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR ANTE EL
NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.-.....60**

POR: SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI E IVÁN VLADIMIR PACEVICIUS.....60

I. INTRODUCCIÓN.....	60
II. LA RELACIÓN DE CONSUMO: SU CONCEPTUALIZACIÓN Y ALCANCES.....	61
III. SUJETOS PROTEGIDOS: LOS CONSUMIDORES.	63
IV. SUJETOS OBLIGADOS: LOS PROVEEDORES.....	74
V. SUJETOS EXCLUIDOS.....	83
VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.....	89

**EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y
EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL – AUTODETERMINACIÓN
INFORMATIVA DE LOS USUARIOS Y SU RÉGIMEN TUITIVO.-90**

POR JOHANNA CATERINA FALIERO90

I. INTRODUCCIÓN.....	90
II. DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.....	92
III. LA COMUNICACIÓN DE LA INFORMACIÓN EN LA RELACIÓN DE CONSUMO.....	99
IV. USUARIOS DE BASES DE DATOS, PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y DEBER DE INFORMACIÓN. AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA.....	109
V. CONCLUSIÓN.....	119
BIBLIOGRAFÍA.....	121

**CLÁUSULAS ABUSIVAS: SUS ALCANCES Y SU CONEXIÓN CON EL DELITO
DE ESTAFA.-.....125**

POR FRANCO MANONI Y ANTONELA ROJAS.....125

I. INTRODUCCIÓN.....	125
II. DESARROLLO.....	125
A. REGULACIÓN NORMATIVA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	125
B. “EL DELGADO LÍMITE EXISTENTE ENTRE EL USO REITERADO Y SISTEMATIZADO DE DETERMINADAS CLÁUSULAS ABUSIVAS (POR PARTE DEL PROVEEDOR) Y EL DELITO DE ESTAFA”.....	137
C. “LA CONTRAINFORMACIÓN COMO UNO DE LOS PRINCIPALES MODOS DE ACCIÓN DEL PROVEEDOR PARA NEUTRALIZAR EL EJERCICIO DE DERECHOS POR PARTE DE LOS CONSUMIDORES”.....	143

III. CONCLUSIÓN.....	148
LA REGULACIÓN DE LAS PRÁCTICAS ABUSIVAS.-.....	149
POR WALTER FERNANDO KRIEGER.....	149
I. DEFINICIÓN.-.....	149
II. DIFERENCIACIÓN DE CLIENTELA. PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN.-.....	152
III. PROTECCIÓN FRENTE A LAS PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS DE LA LIBERTAD DE ELECCIÓN.	153
IV. CONCLUSIÓN.-.....	158
DERECHO DE ARREPENTIMIENTO DEL CONSUMIDOR, COMERCIO ELECTRÓNICO Y DIÁLOGO DE FUENTES.-.....	159
POR ANDRÉS NICOLÁS BELTRAMO Y MAXIMILIANO DANIEL BONED....	159
I. CUESTIONES PRELIMINARES	159
II. CONTEXTO Y FUNDAMENTOS DE UN RÉGIMEN DIFERENCIADO.....	160
III. CONCEPTO Y MARCO NORMATIVO.....	161
IV. CONTRATACIONES CELEBRADAS FUERA DEL ESTABLECIMIENTO DEL PROVEEDOR..	163
V. CONTRATACIONES A DISTANCIA.....	165
VI. EL DERECHO DE ARREPENTIMIENTO	167
VII. PRESTACIÓN DE SERVICIOS	172
VIII. PROHIBICIÓN DE PROPUESTAS QUE GENERAN UN CARGO AUTOMÁTICO.....	173
IX. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN MEDIOS ELECTRÓNICOS E INTERNET.....	174
X. LA LEY MODELO UNCITRAL SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO Y LA RECIENTE AMPLIACIÓN DE LAS DIRECTRICES DE NACIONES UNIDAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR 177	
BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....	178
LOS CONTRATOS DE CONSUMO Y LA INCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD EN LA NORMATIVA PROTECTORIA DE CONSUMIDOR.-.....	180
POR RICARDO ADRIÁN PARRA ⁽¹⁾.....	180
I. INTRODUCCIÓN	180
II. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN	183

III. LA INDUSTRIA COMO ACTIVIDAD DESTINADA A PRODUCIR BIENES DE CONSUMO. DIFERENTES NIVELES DE UN SISTEMA COMPELJO DE SALUD....	185
IV. LA PUBLICIDAD. EL DEBER DE INFORMACIÓN DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD Y LAS NORMAS DE CONSUMIDOR.	188
V. DOS MIRADAS DIFERENTES. LOS ALCANCES DE LA PUBLICIDAD EN LA LEY DE MEDIOS AUDIOVISUALES Y LA PUBLICIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.....	190
VI. LA LEY DE DERECHOS DEL PACIENTE, HISTORIA CLÍNICA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO.	192
VII. LA LEY DE DEFENSA A LA COMPETENCIA – LA POSICIÓN DOMINANTE EN LA OFERTA DE LOS PRODUCTOS MÉDICOS.	195
VIII. LA LEY DE CONSUMIDOR EN EL DERECHO COMPARADO – ALGUNOS CASOS PUNTUALES.....	199
IX. CONCLUSIONES	206
BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN	208
LA EDUCACIÓN E INFORMACIÓN PARA EL CONSUMO EN ARGENTINA...211	
UNA MIRADA DIGNA, EQUITATIVA Y SALUDABLE SOBRE EL PACIENTE, EN SU ROL DE CONSUMIDOR.-	211
Por MARTÍN TESTA *	211
I. INTRODUCCIÓN.....	211
II. 1. PALABRAS PRELIMINARES. EN TIEMPOS CRÍTICOS, GLOBALIZADOS Y POSMODERNOS: ¡CONSUMA DIGNIDAD!	212
III. LA EDUCACIÓN EN MATERIA DE CONSUMO CONSTITUYE UN INSTRUMENTO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR FRENTE A LOS PRODUCTORES Y A LOS ESTADOS.....	219
IV. LA INFORMACIÓN ES UN PARAGUAS PROTECTOR Y UNA GARANTÍA DEL TRATO DIGNO Y EQUITATIVO QUE DEBE RECIBIR EL PACIENTE COMO CONSUMIDOR	220
V. EL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN DE LA PERSONA, EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD, EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN, EL PRINCIPIO DE DISCRIMINACIÓN Y EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD SE SUMAN AL PRINCIPIO PROTECTORIO EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR DEL SIGLO XXI	224
VI. A MODO DE COLOFÓN.....	230
BIBLIOGRAFÍA	231

EL GÉNERO Y SUS EFECTOS EN EL CONSUMO.-	239
POR TAMARA ESCUDERO Y DIEGO ORTIZ	239
I. INTRODUCCIÓN.....	239
II. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL.....	240
III. MARCO NORMATIVO NACIONAL.....	242
IV. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.....	247
V. LOS PRODUCTOS GÉNERO.....	248
VI. ALGUNOS EJEMPLOS DE PUBLICIDADES.....	250
VII. ESTRATEGIAS SUPERADORAS.....	254
VIII. CONCLUSIÓN.....	260
BIBLIOGRAFÍA.....	260
ANEXO.....	261
LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO USUARIOS Y CONSUMIDORES.-	269
POR NATALIA E. TORRES SANTOMÉ	269
I. INTRODUCCIÓN.....	269
II. EL INTERÉS SUPERIOR, LA CAPACIDAD PROGRESIVA Y EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD 271	
III. LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO USUARIOS Y CONSUMIDORES.....	274
IV. ¿EL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE COMO SUJETO CONTRATANTE?.....	276
V. HACIA UNA AMPLIACIÓN DE DERECHOS.....	280
UN DIÁLOGO DE CONSUMO Y DESARROLLO SUSTENTABLE.-	281
POR EMILIANO ESTEVARENA	281
I. ESQUEMA GENERAL DE ANÁLISIS.....	281
II. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	282
III. DERECHO PRIVADO, DERECHO DEL CONSUMIDOR Y DERECHO AMBIENTAL: NORMAS GENERALES.....	285
IV. RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA.....	289
V. OBSOLESCENCIA.....	292
VI. PUBLICIDAD.....	296
VII. CONCLUSIONES.....	300
BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....	301

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR COMO ORIENTADORES DE LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN EN EL DIÁLOGO DE FUENTES.-

POR SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI

I. INTRODUCCIÓN.

Como hemos sostenido en otras oportunidades, el Derecho del Consumidor es la respuesta del campo jurídico a las transformaciones sociales, políticas, económicas, culturales y tecnológicas que atravesaron y atraviesan las sociedades en Occidente como consecuencia de la consolidación de la llamada "sociedad de consumo". En ese contexto de producción tecnificada y masificada, estandarización y despersonalización de las condiciones de comercialización de bienes y servicios, agresivas campañas de publicidad, moda, construcción del "poder de la "marca" y otras prácticas comerciales, masificación del crédito y situaciones de monopolio y oligopolio, las relaciones entre quienes adquieren o utilizan bienes o servicios para satisfacer necesidades domésticas y quienes proveen bienes y servicios en el mercado se dan en un marco de desigualdad estructural, caracterizada por la debilidad y vulnerabilidad los consumidores y usuarios¹.

En este entendimiento, el Derecho del Consumidor se erige como un sistema de normas principiológicas, de orden público y fuente constitucional, con carácter esencialmente protectorio de la parte débil y vulnerable; esto es, de aquellos que adquieren o utilizan bienes o servicios para satisfacer necesidades domésticas, que atraviesa todo el ordenamiento jurídico positivo, poniendo en crisis muchos de sus paradigmas clásicos y

¹ ARIAS CÁU, Esteban Javier y BAROCELLI, Sergio Sebastián, "Necesaria acreditación de una relación de consumo para los daños punitivos", LA LEY 05/09/2014, 4

resignificando mucho de sus postulados a la luz de sus normas, principios e instituciones cuando se verifica la existencia de una relación de consumo².

En el derecho comparado, diversas han sido las experiencias de desarrollo de este campo jurídico. En el caso de los países de tradición jurídica del *Common Law* o influenciados por ella se han dictado una o varias leyes protectorias de los consumidores. En el campo de los países de la tradición del derecho continental europeo o influenciados por ellos podemos distinguir:

- a) aquellos ordenamientos jurídicos que han receptados las normas protectorias de los consumidores dentro de los Códigos Civiles (v. gr., el BGB alemán, el Código Civil de Quebec; el Código Civil holandés);
- b) aquellos Estados que han dictado leyes independientes de defensa o protección de los consumidores, coexistiendo y conviviendo entonces el Código Civil y la ley protectoria (v. gr. España; Portugal, países nórdicos, la mayoría de los países latinoamericanos, los países africanos de lengua portuguesa, entre otros);
- c) aquellos países que han consolidado sus leyes protectorias del consumidor en un “Código”, coexistiendo y conviviendo entonces el Código Civil y el “Código de Defensa y/o Protección al Consumidor (por ejemplo, Brasil, Perú, Italia, Francia, Luxemburgo).

La experiencia argentina tuvo, si se nos permite la analogía religiosa, su “bautismo” con la sanción de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC) en 1.993 y su “confirmación” con la elevación al rango *iusfundamental* con la reforma constitucional de 1.994, que incorporó los artículos 41, 42 y 43 y los tratados internacionales con jerarquía constitucional del artículo 75 inciso 22, entre otras normas directas e indirectas de protección al consumidor en nuestra ley fundamental federal. La LDC luego sufrió varias modificaciones: la más importante, en el año 2008, por la Ley N° 26.361. Y parecía inscribirse en la categorización del apartado b.³

Dicho panorama se ha transformado con la sanción de la Ley N° 26.994, que aprobó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El nuevo Código ha incorporado diversas

² BAROCELLI, Sergio S., “Seguros, derecho del consumidor y daños punitivos”, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, La Ley, febrero 2014, págs. 80 y ss. 94.

³ BAROCELLI, Sergio SEBASTIÁN, “Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”, DCCyE 2015 (febrero), 63

normas directas e indirectas de protección al consumidor, en especial el Libro III (Derechos personales), ha establecido un Título III denominado “Contrato de consumo” junto con el anexo II de la Ley N° 26.994, que dispuso la modificación de los 1, 8, 40 bis y 50 de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC) Pero no adscribió así a un modelo como el alemán, holandés o quebequés. Si bien el Código contiene diversos institutos tuitivos del consumidor, subsisten la Ley N° 24.240 -a la que también modifica - y demás normas especiales como dos sistemas autónomos pero entre los que se establecen puentes y relaciones⁴.

Como sostuvieron los autores del anteproyecto de Código en sus fundamentos, las previsiones en materia de Derecho del Consumidor en dicho *corpus* normativo constituyen una “protección mínima”, un “núcleo duro de tutela” lo que tiene efectos importantes:

a.- En materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores.

b.- Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema.

c.- También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común.

d.- En el campo de la interpretación, se establece un “diálogo de fuentes” de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes⁵.

Se observa entonces que el “diálogo de fuentes” es la metodología que los propios codificadores establecen como la herramienta adecuada para la interpretación y aplicación del Derecho del Consumidor. En este sentido, entendemos que los principios de dicha rama del Derecho desempeñan un papel destacado como orientadores de la tarea hermenéutica.

En el presente capítulo intentaremos esbozar algunos lineamientos relativos al “diálogo de fuentes” como perspectiva metodológica del nuevo Código Civil y Comercial en general, y del Derecho del Consumidor en particular, seguidamente analizaremos los

⁴ BAROCELLI, Sergio SEBASTIÁN, “Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”, DCCyE 2015 (febrero), 63

⁵ Conf. <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

principios del Derecho del Consumidor y el rol que ellos desempeñan a la hora de la tarea hermenéutica, para, por último, esbozar algunas reflexiones finales.

II. EL “DIÁLOGO DE FUENTES” COMO METODOLOGÍA DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

El nuevo Código Civil y Comercial, conforme ya hemos adelantado establece como perspectiva metodológica el “diálogo de fuentes” a los efectos de la interpretación y aplicación del Derecho en general y del Derecho del Consumidor en particular.

Conforme con la vocación “herética” o “iconoclasta” que caracteriza al derecho del Consumidor, esta perspectiva pone en crisis perspectivas tradicionales en materia hermenéutica.

Clásicamente se hablaba de “conflictos de las leyes en el tiempo” o “derecho intertemporal” y la solución del “conflicto” sería la prevalencia de una y la consecuente exclusión (abrogación, derogación, no aplicación) de otra u otras del sistema. En esta visión perfecta” y “moderna” teníamos la “tesis” (ley antigua), la “antítesis” (ley nueva) y la síntesis (abrogación), que traía claridad y certeza al sistema.⁶

Los criterios clásicos de solución de conflictos de leyes eran, por orden de importancia creciente: 1) la anterioridad (la ley más nueva supera y retira la ley anterior en conflicto del sistema); 2) la especialidad (la ley general nueva no deroga la ley especial antigua, a no ser que la incorpore o incorpore su materia totalmente); 3) la jerarquía (la ley jerárquicamente superior, por ejemplo, por su origen constitucional, o una ley complementaria en relación a una ley ordinaria, o una ley en relación a un decreto o una resolución administrativa, tiene prioridad de aplicación y puede afectar o derogar a la ley de jerarquía inferior en conflicto⁷.

⁶ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002”. Revista de Direito do Consumidor, vol. 51, jul-set.2004, p.43 y ss.

⁷ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 33.

Cuando los campos de aplicación eran realmente coincidentes, y las normas incompatibles entre sí, la solución del conflicto de leyes, la solución clásica, era “definitiva”: sería la abrogación de una de las leyes (abrogación total) o derogación de alguna de sus disposiciones. Podemos comparar la abrogación como la “muerte” de una norma jurídica: significa quitar la fuerza obligatoria, la vigencia de una norma, por incompatibles, como las nuevas normas impuestas por el legislador, significa su salida definitiva del sistema de derecho⁸.

Los criterios clásicos de solución de conflictos se resolvían por la abrogación (total o parcial) de una de las leyes en conflicto, si eran incompatibles entre sí, si una regulaba enteramente la materia que trataba la ley anterior, o por la derogación expresa⁹.

Erik Jayme, profesor de la Universidad de Heidelberg y especialista en Derecho Internacional Privado, alerta, sin embargo, que en tiempos posmodernos no se permiten más este tipo de claridad o “monosolución”, ni si quiera la jerarquía de las leyes es clara, sino solamente de los valores constitucionales¹⁰. En estos nuevos tiempos, la superación de los paradigmas es sustituida por la convivencia de los paradigmas, la derogación expresa por la incerteza de la abrogación tácita y, por fin, por la convivencia de las leyes con campos de aplicación diferentes, pero convergentes, en un mismo sistema jurídico, plural, fluido, mutable y complejo. Erik Jayme propone entrar en la segunda solución: la coordinación de esas fuentes: de la retirada del sistema (abrogación) o “monólogo” de una norma a la convivencia de las normas, o “diálogos de las fuentes”¹¹.

Este escenario de “plurijuridismo”¹², de complejidad, fragmentación y pluralidad de fuentes, propia del derecho posmoderno, requiere la coordinación de las normas al interior

⁸ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “*O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme*”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 33.

⁹ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “*O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme*”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 34.

¹⁰ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “*Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*”. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 51, jul-set.2004, p.43 y ss.

¹¹ Conf. JAYME, Erik, *Identité culturelle et integration: le droit internationale privé postmoderne*, en *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, Haye, Nihjoff, 1995, II, p. 259.

¹² “El vocablo plurijuridismo se emplea para atribuir una cualidad al ordenamiento normativo cuando en él existe ‘polisistemia simultánea’, que es un encuentro de sistemas jurídicos en un mismo lugar y en un mismo tiempo, o ‘pluralismo jurídico’, que consiste en la existencia simultánea de sistemas jurídicos diferentes aplicados a situaciones idénticas en el seno de un mismo orden jurídico, y también en la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos que establecen, o no, relaciones de

del sistema jurídico. Para ello, el jurista Erik Jayme ha acuñado, desde lo metodológico, el llamado “diálogo de fuentes” al que aluden los autores del anteproyecto. Jayme bautizó como “diálogo” de las fuentes la aplicación simultánea, coherente y coordinada de fuentes legislativas convergentes. Sostiene dicho autor que “el descubrimiento de la finalidad de las normas se da por medio de la convivencia y del “diálogo” entre ellas. La labor del juez es coordinar estas fuentes, escuchando lo que dicen en su diálogo.”¹³

La expresión “diálogo de las fuentes” es semiótica y autoexplicativa: *di-a-logos*, dos “lógicas”, dos “leyes” a seguir y a coordinar un solo encuentro con “a”, una “coherencia” necesariamente “a restaurar” los valores desde el sistema, de esta nueva orden de las fuentes, en que una no más “anula” a otra (en lo que sería un monólogo, porque solo una ley “hablaría”), dialogan ambas fuentes, en una aplicación conjunta y armoniosa guiada por los valores constitucionales y, hoy, en especial, por la luz de los derechos humanos¹⁴.

El diálogo de las fuentes es una expresión simbólica del nuevo paradigma de coordinación y coherencia restaurada de un sistema legal; sistema hoy de fuentes múltiples, con diversos campos de aplicación, para crear, en la era pos-descodificación, una gran complejidad del antes simple hecho -o acto -del aplicador de la ley de “escoger” entre las fuentes (en aparente conflicto) la ley o las leyes que iban a ser aplicadas en el caso concreto; simboliza el pasaje del conflicto de las leyes a la coordinación de leyes o de órdenes jurídicos¹⁵.

La solución de los conflictos de leyes emerge ahora de un diálogo entre las fuentes más heterogéneas. Estas fuentes no se excluyen, no se anulan mutuamente; al contrario, ellas “hablan” unas a las otras y los jueces son llevados a coordinar esas fuentes “escuchando”

derecho entre ellos (NICOLAU, Noemí L., *Las fuentes de las normas y la conflictividad del plurijuridismo desde la perspectiva del Derecho Civil actual*, en Libro Homenaje al Dr. Benjamín Pablo Piñón, Editorial Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2004, p. 208)

¹³ JAYME, Erik, *Identité culturelle et integration: le droit internationale privé postmoderne*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Haye, Nihjoff, 1995, II, p. 259.

¹⁴ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “*O 'diálogo das fontes ' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme*”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012 p. 26 y ss.

¹⁵ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “*O 'diálogo das fontes ' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme*”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012 , p. 27.

lo que las fuentes dicen¹⁶. Reconstruir la coherencia de un sistema de derecho, en tiempos de fragmentación, internacionalización, flexibilización de valores y jerarquías, en tiempos de necesaria convivencia de paradigmas y de métodos, de extrema complejidad y pluralismo de fuentes, no es tarea fácil y exige mucha ciencia y sensibilidad de los juristas¹⁷.

El sistema jurídico presupone una cierta coherencia; el derecho debe evitar la contradicción. El juez, en presencia de dos fuentes, con valores contrastantes, debe buscar coordinar las fuentes, en un diálogo de fuentes, que significa una aplicación simultánea, coherente y coordinada de múltiples fuentes legislativas, leyes especiales, leyes generales, de origen internacional y nacional, que tienen campos de aplicación convergentes, pero no totalmente coincidentes o iguales¹⁸.

Es justamente la ausencia de coherencia que crea antinomias y conflictos de leyes en el tiempo, con diferentes campos de aplicación subjetiva y material, resurge la necesidad de coordinación en todas las áreas del derecho¹⁹.

Los criterios tradicionales no son más exclusivos o suficientes, más aun frente a la constitucionalización del derecho privado. La teoría de Erik Jayme del diálogo de fuentes se inserta en la tradición de la visión sistémica y funcional del orden jurídico, actualizada por una visión internacional y cultural del derecho y una nueva perspectiva más humanista sobre la relación entre las normas, en el que los valores-guías serían una valorización de los derechos humanos y la interpretación *pro homine*.²⁰

El diálogo de fuentes es diálogo entre leyes positivas, pero también puede alcanzar a normas narrativas de inspiración, *soft law*, costumbres, principios generales y reconoce la fuerza de los principios inmanentes del sistema y del bloque de constitucionalidad. Es

¹⁶ Conf. JAYME, Erik, *Identité culturelle et integration: le droit internationale privé postmoderne*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Haye, Nihjoff, 1995, II, p. 259.

¹⁷ LIMA MARQUES, p. 19

¹⁸ Conf. JAYME, Erik, *Identité culturelle et integration: le droit internationale privé postmoderne*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Haye, Nihjoff, 1995, II, p. 60 y 251; LIMA MARQUES, p. 20.

¹⁹ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 20 y ss..

²⁰ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 20 y ss..

teoría humanista y humanizadora, porque utiliza el sistema de valores, para la coordinación restaurativa de su coherencia en el conflicto de las leyes en colisión²¹.

De la misma forma, en la idea de que las leyes no son más “castillos” estancos y compartimentados “feudos” de una sola ley, bajo la orden de los valores constitucionales, las leyes a aplicar pueden compartir “finalidades y *ratios*” para alcanzar un resultado justo y de acuerdo con la sociedad y con el sistema de valores positivizado en la Constitución o recibido en los derechos humanos, como un componente político de aplicación e interpretación del sistema²².

En el “pluralismo posmoderno” la necesidad de coordinación entre las leyes de un mismo ordenamiento jurídico es una exigencia de un sistema eficiente y justo²³.

Esto no es una cuestión exclusiva en materia de Derecho del Consumidor, sino que esas “relaciones dialógicas” entre Código Civil y Comercial y leyes especiales se observa también en otras materias, como niñez y adolescencia, salud mental, personas jurídicas, ambiente, entre otras.²⁴

Así, necesariamente para entender el dispositivo jurídico aplicable a un hecho social, requerirá necesariamente, no solo de un “diálogo horizontal” entre el Código Civil y Comercial y las leyes especiales –en este caso, las leyes de protección al consumidor – sino también, previa, y más importante, un “diálogo vertical” de estas normas con aquellas de fuente constitucional y convencional. En este último caso no hay, en rigor, un “diálogo”, pero sí un “monólogo”, porque las reglas superiores preponderan necesariamente sobre aquellas que se sitúan en un nivel inferior²⁵.

²¹ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “*O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme*”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012 p. 24 y ss.

²² Conf. MARQUES, Claudia Lima, “*O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme*”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012 p. 25.

²³ Conf. JAYME, Erik, *Identité culturelle et integration: le droit internationale privé postmoderne*, en *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, Haye, Nihjoff, 1995, II, p. 60 y 251.

²⁴ BAROCELLI, Sergio Sebastián, “*Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial*”, DCCyE 2015 (febrero), 63

²⁵ Conf. DO AMARAL JÚNIOR, Alberto, “*El “diálogo” de las fuentes: fragmentación y coherencia en el derecho internacional contemporáneo*”, Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, año 7, número 13, 2009, p. 71 y ss.

Es “diálogo” en virtud de las influencias recíprocas, diálogo porque hay aplicación conjunta de las dos normas en un mismo tiempo y en un mismo caso, sea complementariamente, sea subsidiariamente, sea permitiendo la opción voluntaria de las partes por la fuente prevalente (especialmente en materia de convenciones internacionales y leyes modelos) o mismo la opción por una solución flexible y abierta, de interpenetración, o la solución más favorable al más débil de la relación²⁶. El diálogo de las fuentes es iluminado por los valores constitucionales y los derechos humanos o fundamentales; valoriza los valores constitucionales que iluminan esta solución de coherencia restaurada del sistema, en un derecho privado que coloca a la persona humana en su centro²⁷. Es una coordinación flexible y útil de las normas en conflicto en el sistema, a fin de restablecer su coherencia y resaltar los derechos humanos. Se trata de una mudanza de paradigma: de retirada simple (abrogación) de una de las normas en conflicto del sistema jurídico (o monólogo de una sola norma posible para “comunicar” una solución justa) a la convivencia de esas normas, al diálogo de las normas para alcanzar su *ratio*, y la finalidad “narrada” o “comunicada” en ambas, bajo la luz de la Constitución, de su sistema de valores y de los derechos humanos en general²⁸.

En materia de derecho del consumidor, el diálogo de las fuentes permite asegurar a la persona humana, consumidora y legítima, una tutela especial y digna, conforme los valores y los principios constitucionales de protección especial, y renovar la aplicación del propio sistema constitucional, con prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos, concretizando el principio *pro homine*²⁹. El método del diálogo de las fuentes es muy útil en nuestros días, de gran pluralidad de fuentes y de incerteza en materia de teoría general del derecho: asegura una aplicación del conjunto de fuentes a favor del consumidor. El diálogo de las fuentes puede ser usado en varias áreas y disciplinas jurídicas, donde los derechos fundamentales y los valores constitucionales iluminaran la aplicación -simultánea y coherente -de varias fuentes. Evita, así, la necesidad de un

²⁶ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 28.

²⁷ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “Diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas”, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 45, 2003, p. 75.

²⁸ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 29.

²⁹ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 29.

examen concreto de la inconstitucionalidad de alguna de las normas, porque la aplicación conjunta y coordinada de las fuentes tiene como consecuencia la inexistencia de lagunas, donde el derecho del consumidor puede ser complementado por otras leyes y principios, siempre a favor del sujeto tutelado, es decir, el consumidor³⁰.

El método de diálogo de las fuentes es un instrumento nuevo de coordinación de esas fuentes, de forma de restaurar la coherencia del sistema, reducir su complejidad y realizar los valores ideales de la Constitución y de la modernidad, de igualdad, libertad y solidaridad en la sociedad. Como los criterios de la escolástica eran tres -jerarquía, especialidad y anterioridad -esta nueva visión debe tener “diálogos”: la nueva “jerarquía”, que es la coherencia dada por los valores constitucionales y la prevalencia de los derechos humanos; la nueva especialidad, que es la idea de la complementación o aplicación subsidiaria de las normas especiales, entre ellas, con tiempo y orden en esta aplicación, primero las más valorativa, después, en lo que corresponda, las otras; y la nueva anterioridad, que no viene del tiempo de la promulgación de la ley, pero sí de la necesidad de adaptar al sistema cada vez que una nueva ley es insertada por el legislador. Influencias recíprocas guiadas por los valores constitucionales va a guiar ese diálogo de adaptación sistemático³¹.

Al analizar el diálogo de las fuentes entre las normas del sistema de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial, tradicionalmente los Códigos Civiles eran códigos para iguales, un Código “general” (y no más central o total), en tanto que las normas de protección al consumidor son un “código” para diferentes, un microsistema, subjetivamente especial y materialmente general para todas las relaciones de consumo³².

La noción de igualdad en el tratamiento de los sujetos desiguales presupone que las relaciones mismas, entre proveedores y consumidores, serán tratadas diferenciadamente y

³⁰ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “*O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme*”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 30.

³¹ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “*O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme*”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 31.

³² Conf. MARQUES, Claudia Lima, “*O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme*”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 31.

se reconocerá la vulnerabilidad del consumidor, con un régimen especial y más protectorio del sujeto vulnerable³³.

Cuáles serían los “diálogos” posibles entre las normas del sistema defensa del consumidor, como leyes anteriores, especiales y jerárquicamente constitucional y el nuevo Código Civil y Comercial, como ley posterior, general y jerárquicamente inferior, pero trayendo algunas normas de orden público, podemos sostener tres tipos de “diálogos” entre esas leyes: a) una ley puede servir de base conceptual para la otra (diálogos sistémico de coherencia), especialmente si una ley es general y la otra especial, si una es la ley central del sistema y la otra un microsistema específico; b) una ley puede complementar a la aplicación de otra, a depender de su campo de aplicación (diálogo de complementariedad y subsidiaridad), tanto sus normas, cuando sus principios y cláusulas generales pueden encontrar uso subsidiario o complementar, “diálogo” este exactamente en sentido contrario de la abrogación o derogación clásica, en que una ley era superada y “retirada” del sistema por la otra, y, por fin, c) el diálogo de las influencias recíprocas sistémicas, como la redición del campo de aplicación, la transposición de las conquistas del *Richterrecht* (derecho de los jueces) alcanzadas en una ley para otra, influencia del sistema especial en el general y del general en el especial (diálogo de coordinación y adaptación sistémica)³⁴.

Esa terminología (diálogo sistémico de coherencia, de subsidiaridad y de adaptación), puede ser usada también para el diálogo entre leyes especiales, como las normas de protección al consumidor, y, por ejemplo, las leyes que regulan el sistema financiero³⁵.

La Ley de Defensa del Consumidor es una ley especial, subjetivamente, en lo que dice respecto de los sujetos (*ratione personae*), en lo que dice respecto a los consumidores, en sus relaciones jurídicas con los proveedores, es ley especial. La LDC, sin embargo, es

³³ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 31.

³⁴ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 31. y ss.

³⁵ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 32.

ley general, materialmente (*ratione materia*), porque se aplica a todas las relaciones, contractuales y extracontractuales, del sujeto consumidor en el mercado de consumo³⁶.

También entre leyes especiales hay diálogo de fuentes: diálogo sistémico de coherencia, diálogo sistémico de complementariedad o subsidiaridad y diálogo de adaptación o coordinación.³⁷ El legislador determina esa aplicación simultánea y coherente de las leyes especiales.

Estos diálogos de coherencia, orientados por el mandamiento de protección de los consumidores³⁸. El diálogo de fuentes es el camino para asegurar la prevalencia del principio *pro homine* y de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales³⁹. Superador de las antinomias a favor de los más débiles⁴⁰. El diálogo de las fuentes es siempre una aplicación armónica y sistémica de las leyes especiales y generales a favor de los derechos fundamentales y de los valores elevados, sociales y públicos⁴¹.

El diálogo de fuentes siempre a favor del sujeto vulnerable⁴². Señala Lima Marques que el método del diálogo de las fuentes no debe ser usado para retirar derechos del consumidor: el diálogo sólo puede ser usado a favor del sujeto vulnerable, o se transformará en analogía *in pejus*. Ciertamente es que todos los métodos pueden ser usados para “el bien o para el mal”, pero el método creado por Erik Jayme tiene como *Leitmotiv*, o

³⁶ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 33.

³⁷ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 35.

³⁸ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 36.

³⁹ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 36.

⁴⁰ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 63.

⁴¹ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 61.

⁴² Conf. MARQUES, Claudia Lima, “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 47.

motivo-guía, los derechos humanos y, en ese sentido, sólo puede beneficiar a los consumidores y no perjudicarlos⁴³.

Pero ese “diálogo”, como comunicación lingüística, deberá necesariamente realizarse bajo un código compartido: en el caso del Derecho del Consumidor, el diálogo deberá hacerse a luz de sus principios. Desarrollaremos esta cuestión a continuación.

III. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y SU ROL EN LA TAREA HERMENÉUTICA.

Como venimos sostenido, los principios juegan un papel destacado a la hora de realizar el correcto diálogo de fuentes vertical y horizontal en materia de Derecho del Consumidor, toda vez que los mismos comprenden, contemplan, una serie indefinida de situaciones. Los principios constituyen líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos previstos⁴⁴.

Etimológicamente el término latino *principium* está compuesto por la raíz derivada de *pris*, que significa “lo antiguo” y “lo valioso” y de la raíz *cap* que aparece en el verbo *capere* —tomar— y en el sustantivo *caput* —cabeza—. Tiene, entonces, un sentido histórico (“lo antiguo”), un sentido axiológico (“lo valioso”) y un sentido ontológico (“cabeza”).⁴⁵

Los principios generales del derecho, siguiendo a Norberto Bobbio⁴⁶, cumplen cuatro funciones esenciales:

a) Una *función creativa*, también llamada *directiva o finalística* establece que antes de

⁴³ Conf. MARQUES, Claudia Lima, “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en MARQUES, Claudia Lima (coordinadora), *Diálogo das fontes*, San Pablo (Brasil), Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 362.

⁴⁴ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1978, Pág. 9

⁴⁵ Conf. SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. *Los principios del derecho como objeto de investigación jurídica*, 1993, p. 17.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, Temis, Bogotá, 1987, p. 865.

promulgar la norma jurídica, el legislador debe conocer los principios para inspirarse en ellos y poder positivizarlos, es decir, una finalidad programática.

b) Una *función interpretativa* implica que al interpretar la norma, el operador debe inspirarse en los principios, para garantizar una cabal interpretación.

c) Una *función integradora* significa que quien va a colmar un vacío legal, debe inspirarse en los principios para que el Derecho se convierta en un sistema hermético.

d) Una *función limitativa* de la autonomía privada.

El Código Civil y Comercial ha dispuesto en su artículo 2 que los principios y los valores jurídicos son herramientas indispensables para el intérprete de la tarea hermenéutica⁴⁷.

Los principios, como directrices políticas que suponen una preferencia axiológica y poseen una dimensión valorativa acentuada, cumplen un rol fundamental para asegurar la autonomía de la disciplina y tienen, por tanto, carácter normativo y su imperatividad no depende de lo que establezcan las reglas de derecho positivo, sino que constituyen el armazón de la disciplina, y pueden ser utilizados por los jueces para desactivar aquellas reglas de derecho positivo que, en apariencia, contradigan la finalidad protectoria del Derecho del Consumidor.

En este sentido el nuevo Código Civil y Comercial ha consagrado expresamente como fuente interpretativa del Derecho los principios y los valores jurídicos; es decir, no sólo los principios generales del derecho, sino también los principios propios de cada “sección” del ordenamiento jurídico⁴⁸.

El Derecho del Consumidor, como nuevo campo del conocimiento jurídico no tiene a la fecha consolidado, de manera unánime, sus principios. Los mismos sobrevuelan la normativa protectoria.

⁴⁷ BAROCELLI, Sergio Sebastián, “*El orden público como principio general. Transformaciones y alcances a partir del Código Civil y Comercial*”, eDial.com – DC2041, 23/11/2015.

⁴⁸ BAROCELLI, Sergio Sebastián, “*Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial*”, DCCyE 2015 (febrero), 63

A los efectos de su identificación y caracterización, entendemos que corresponde partir, en primer término de la naturaleza esencialmente tuitiva del Derecho del Consumidor, inmersa en la perspectiva de los derechos humanos. Creemos, por tanto, que resulta útil recurrir a construcciones elaboradas en el campo de los derechos humanos, junto con el de otras experiencias de relaciones interprivadas asimétricas, constitucionalizadas e impregnadas de orden público y protección del vulnerable, como el Derecho del Trabajo, compatibilizando los mismos con la esencia del Derecho del Consumidor y las tradiciones del derecho privado clásico.

Por la dinámica del Derecho del Consumidor, no creemos que dicha propuesta sea definitiva, sino susceptible de continuo análisis y revisión por la doctrina y el resto de la comunidad jurídica.

Por esta razón proponemos para el Derecho del Consumidor los principios que caracterizaremos a continuación:

a) Principio protectorio.

El principio protectorio es uno de los principios fundamentales del Derecho del Consumidor.

El mismo constituye una derivación del principio *pro homine*⁴⁹ de los derechos humanos, conjugado por el principio general del Derecho *favor debilis* o de protección de la vulnerabilidad. Siendo los derechos de los consumidores derechos humanos de tercera generación, resultarán aplicables los principios generales de interpretación y aplicación de los derechos humanos, matizados con la perspectiva particular de las relaciones de consumo.

El principio protectorio tiene su razón de ser en la situación de debilidad y vulnerabilidad estructural en la cual se encuentran situados los consumidores en la “sociedad de

⁴⁹ Recordemos que el principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. (PINTO. Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, En <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-principio-pro-homine-criterios-de-hermeneutica-y-pautas-para-la-regulacion-de-los-derechos-humanos.doc> 19/07/2.016).

consumo” y que se manifiesta en la faz informativa, técnica, económica, negocial, psicológica, biológica, de acceso a la justicia y hasta política⁵⁰. Encuentra su anclaje constitucional en el artículo 42 de la Ley Fundamental que, entre otras importantes cuestiones, establece como deber de las autoridades, entendidas como los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en los tres niveles de gobierno (federal, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipal), proveer a la protección de los derechos de usuarios y consumidores. El principio protectorio, por tanto, trasciende, lo estrictamente jurídico, erigiéndose también como faro para el diseño e implementación de políticas públicas.

El nuevo Código Civil y Comercial lo ha recepcionado expresamente, en su artículo 1.094, al establecer, no solo como criterio de interpretación, sino también de aplicación del Derecho del Consumidor, por lo que de esta manera se ve fortalecido y consolidado.

Para su aplicación, el principio protectorio se suele expresar en tres formas: a) regla *in dubio pro consumidor*; b) regla de la norma más favorable; y c) regla de la condición más beneficiosa.

El *in dubio pro consumidor* como regla de interpretación del Derecho, ya encontraba reconocimiento en el artículo 3 de la LDC, en tanto que como regla de interpretación convencional tenía ya su sustento en el artículo 37 de la LDC. Dicha regla constituía asimismo un criterio interpretativo de otras vicisitudes de la relación de consumo, como la oferta o la publicidad (artículo 7 del Decreto reglamentario N° 1798/94).

También propugnamos que resulta aplicable esta regla hermenéutica a la duda del juzgador en la valoración de las pruebas aportadas por las partes en el procedimiento o respecto a la subsunción de un hecho en la norma. Asimismo, entendemos que resulta aplicable, como una aplicación específica del principio *pro actione* en materia de derechos humanos respecto de la viabilidad en el acceso a justicia de los consumidores, tanto respecto de derechos individuales como de incidencia colectiva, y de quienes velan por la protección de sus derechos de incidencia colectiva con legitimación *ex lege* (Defensores del Pueblo, Ministerio Público, asociaciones de consumidores y autoridades de aplicación), por ejemplo, en caso de dudas sobre su legitimación procesal.

⁵⁰ Conf. RUSCONI, Dante, *Manual de Derecho del Consumidor*, Bs. As., 2015, Abeledo Perrot, p. 133.

En su contenido, la regla *in dubio pro consumidor* determina que cuando una norma, general o particular, puede llevar a dos o más posibles interpretaciones, el intérprete debe privilegiar aquella que fuese más favorable al consumidor en el caso concreto. Dicha regla hay que conjugarla conforme la metodología del diálogo de las fuentes, por lo que las normas más favorables como reglas de aplicación pueden estar en diversos cuerpos normativos y aplicárselas armónicamente por el operador jurídico, sin necesidad de que este deba optar en bloque por un cuerpo normativo u otro.

También el *in dubio pro consumidor* se ha visto fortalecido en el nuevo Código Civil y Comercial, al expresarse en el artículo 1.094 como regla de interpretación del derecho y en el artículo 1095 como regla hermenéutica de las relaciones de consumo.

La regla de la norma más favorable establece que en caso de haya más de una norma que resulte, en principio, aplicable a una situación jurídica, se debe optar por aquella que sea más favorable para el consumidor, sin importar su jerarquía, generalidad o especialidad, orden temporal o clasificaciones de otro tipo⁵¹. Dicha regla también se ha visto con mayor arraigo en el nuevo Código.

Así, además del artículo 3 de la LDC, encuentra también su sustento en el artículo 1.094, 2º parte del nuevo Código Civil y Comercial, en general, y esa regla se extenderá aun para la aplicación retroactiva de leyes supletorias, conforme prevé el 3º párrafo del artículo 7 del nuevo Código.

Por último, el principio protectorio se ve reflejado también en la *regla de la condición más beneficiosa*. Dicha regla prescribe que la aplicación de una nueva norma nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un consumidor.

Esta regla supone la existencia de una situación más beneficiosa anterior, concreta y determinada, que debe ser respetada en la medida que sea más favorable. Por tanto, si una situación anterior es más beneficiosa para el consumidor se la debe respetar, esto es, toda modificación normativa, general o particular, debe ser para ampliar y no para disminuir derechos.

⁵¹ Conf. RUSCONI, Dante, *Manual de Derecho del Consumidor*, Bs. As., 2015, Abeledo Perrot, p. 133.

Dicha previsión encuentra su fundamento iusfundamental en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que consagra los principios de *progresividad* y *no regresividad* de los derechos humanos económicos, sociales y culturales. El principio de progresividad de los derechos humanos económicos, sociales y culturales, que resulta aplicable a los derechos de los consumidores como derechos humanos de tercera generación, contiene una doble dimensión: la primera a la que podemos denominar positiva, lo cual “está expresado a través del avance gradual en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, que supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia o la postergación de ciertos derechos por razones sociales, económicas o culturales” y la otra a la que podemos denominar negativa que se cristaliza a través de la prohibición del retorno, o también llamado principio de no regresividad”⁵².

Otras previsiones del Código que, entendemos, apuntalan el principio protectorio son:

- I. La previsión del artículo 14 *in fine*, que dispone que “*la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general*”. Mediante tal previsión legal el legislador ha privilegiado a los derechos de incidencia colectiva, como son los derechos de los consumidores, por sobre los derechos individuales;
- II. La regulación del “abuso de posición dominante” como supuesto especial de ejercicio abusivo del derecho (artículo 11);
- III. El reconocimiento expreso de la inviolabilidad de la persona humana y el respeto de su dignidad (artículos 51 y 52);
- Iç. El derecho a no cumplir obligaciones que impliquen actos peligrosos (artículo 54)⁵³.

b) Principio de sustentabilidad.

⁵² TOLEDO, Omar Toribio, *El principio de progresividad y no Regresividad en materia laboral*, en Revista Derecho y Cambio Social, N° 23, en http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/progresividad_y_regresividad_laboral.pdf

⁵³ BAROCELLI, Sergio Sebastián, “*Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial*”, DCCyE 2015 (febrero), 63

El artículo 1.094 también consagra como principio de aplicación e interpretación del derecho el principio del “acceso al consumo sustentable”. Dicho principio, que llamábamos de sustentabilidad⁵⁴, para establecer necesarios puentes con el Derecho Ambiental⁵⁵ subsume dos contenidos: el derecho de acceso al consumo y el derecho al consumo sustentable.

El derecho de acceso al consumo, recordemos, es el primer derecho de “entrada” al sistema, el derecho de acceso al consumo⁵⁶ y constituye un derecho mínimo de inclusión de toda persona humana, y por tanto de acceso al consumo de determinados bienes y servicios básicos garantizados por el Estado (alimentación, vivienda, salud, educación, etc.)⁵⁷, que permitan un estándar de vida digno, de modo de cubrir sus necesidades indispensables⁵⁸. De esta manera se garantiza a toda persona un estándar razonable de calidad de vida, para la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia, como elementos imprescindibles de la autonomía individual que permita alcanzar el desarrollo humano, entendido como el desarrollo de la plena potencialidad del ser”⁵⁹.

El consumo sustentable⁶⁰, en tanto, es el derecho “de cierre”. Implica, conforme prescriben las Directrices de Naciones Unidas de Protección al Consumidor, que las necesidades de bienes y servicios de las generaciones presentes y futuras se satisfacen de modo tal que puedan sustentarse desde el punto de vista económico, social y ambiental. Sabido es que el

⁵⁴ ARIAS CÁU, Esteban J. - BAROCELLI, Sergio Sebastian, “Juicio ejecutivo, títulos de crédito y derecho del consumidor. El Superior Tribunal de Jujuy ratifica doctrina plenaria, pero siembra alguna incertidumbre”, Revista de Derecho Mercantil, Microjuis, 18/12/ 2012, MJ-DOC-5999-AR | MJD5999.

⁵⁵ Así lo denomina la Ley 25.675 General del Ambiente, en su artículo 4.

⁵⁶ Si bien no se encuentra enumerado expresamente en el texto constitucional argentino, el derecho de acceso al consumo se encuentra implícito en el mismo y surge de una interpretación sistémica de las diversas normas constitucionales (artículos 41, 42, 33, 75 inc. 19 y 125) y de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, conforme el artículo 75 inc. 22 CN (v. gr., el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los artículos 22 y 25.1. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros) y las Directrices de Naciones Unidas de Defensa del Consumidor. En el ámbito provincial, ha sido mencionado en el artículo 4 del Código de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires (Ley N° 13.133).

⁵⁷ Conf. PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, *Derechos del consumidor*, Astrea, Bs. As., 2004.

⁵⁸ Conf. RUSCONI, Dante (coordinador), *Manual de Derecho del Consumidor*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2009, p. 70.

⁵⁹ Conf. PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, en REGAZZONI, Carlos Javier (Editor), GARRIDO CORDOBERA, Lidia (Directora), *Salud y Conciencia Pública*, Fundación Sanatorio Güemes, Bs. As., 2011.

⁶⁰ Este derecho se encuentra reconocido de manera expresa en las Directrices de Naciones Unidas sobre protección al consumidor y en algunos textos constitucionales provinciales, como la Constitución de Entre Ríos, en sus artículos 30, 78 y 83 o en el Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires (Ley N° 13.133), en sus artículos 3 inc. f y 8 y 9. Asimismo, se encuentra implícito en nuestra Constitución Nacional, a través de una interpretación sistémica del preámbulo y los artículos 33, 41, 42, 43, 75 inc. 2, 18 y 19 y 125 y constituye una de las atribuciones de la autoridad de aplicación federal, conforme el artículo 43 inciso a de la LDC.

desarrollo sustentable requiere la eliminación de los dos polos de la sociedad de mercado - el consumismo y la pobreza-, por ser contrarios al equilibrio ecológico, económico y social, presupuesto base de la sustentabilidad⁶¹. En este primer punto, la eliminación de la pobreza encuentra su vinculación con el ya mencionado derecho de acceso al consumo como un piso mínimo de inclusión social de todos los habitantes. En cuanto al consumismo, la cuestión resulta más compleja. La satisfacción consumista, sostiene Bauman, es un programa de vida en la sociedad de consumo⁶². Requiere por tanto, de acciones de concientización social sobre el uso de bienes y servicios y su uso racional, la búsqueda de herramientas eficaces para el aprovechamiento equitativo y sostenible de los recursos naturales sin que afecte las necesidades de las generaciones futuras, en toda la cadena de producción, distribución, comercialización y consumo, como así también la regulación de las conductas de mercado que lo promueven, como publicidades ilícitas y técnicas de marketing inapropiada y otros medios indirectos como la industria cultural.⁶³

Resulta acertada la inclusión expresa de este principio en materia de Derecho del Consumidor, que erige nuevos puentes en las cuestiones vinculadas al ambiente y el consumo, y que reafirma el carácter de derecho de tercera generación de los derechos de los consumidores.

c) Principio de irrenunciabilidad de los derechos.

De conformidad con el artículo 65 de la LDC, las normas de defensa del consumidor son disposiciones de orden público. Por ser normas de orden público, los derechos de los consumidores son irrenunciables y las normas de protección a los consumidores deben ser aplicadas por las autoridades públicas administrativas y jurisdiccionales, aun de oficio⁶⁴.

El principio de irrenunciabilidad de los derechos también se ha visto reforzado con las previsiones de los artículos 12 y 13 del nuevo Código Civil y Comercial, que consagra que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está

⁶¹ PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, en REGAZZONI, Carlos J., *Salud Pública y conciencia pública*, Buenos Aires, Fundación Sanatorio Guemes, 2009.

⁶² BAUMAN, Zygmunt, *Vida de consumo*, Fondo de. Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.

⁶³ BAROCELLI, Sergio Sebastián, “*Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial*”, DCCyE 2015 (febrero), 63

⁶⁴ Argumento sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “*Uriarte Martínez, Héctor y otro v. Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros*” del 9/3/2010, Fallos 333:203.

interesado el orden público (artículo 12) y que está prohibida la renuncia general de las leyes y que los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba (artículo 13), situación esta última de aplicación al Derecho del Consumidor por su carácter de orden público de protección.

Por lo tanto, los consumidores no podrán hacer renuncia expresa o tácita de sus derechos, tanto de manera previa como posterior.

Se ha entendido que el Derecho del Consumidor debe ser aplicado por los jueces aún a falta de invocación específica de las partes, a cuya luz debe ser interpretada la normativa específica aplicable y los argumentos relevantes para la consideración del caso.

d) Principio de buena fe.

La buena fe es un principio general de derecho, presente en todos los campos del Derecho y las relaciones jurídicas. De *raíz constitucional*⁶⁵, emerge en el nuevo Código del artículo 9, en general, y en el artículo 961 en materia contractual.

Sostiene Morello que la buena fe engendra una norma jurídica completa que se eleva a la categoría de principio general del derecho, de manera que cabe enunciarla en una comprensión amplia y abarcativa de suerte que todas las personas deben obrar de buena fe en sus recíprocas relaciones, adoptando un comportamiento leal.⁶⁶

En este sentido, suele distinguirse entre *buena fe subjetiva*, también conocida como concepción psicológica de la buena fe y *buena fe objetiva*, también denominada de concepción ética de la buena fe⁶⁷.

Así, esta última funciona como regla de conducta o comportamiento, fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y en la consideración de los intereses de la otra

⁶⁵ Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Una mirada constitucional al principio de la buena fe*, en CÓRDOBA, Marcos M., (director) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. y KLUGER, Viviana, *Tratado de la buena fe en el Derecho*, Bs. As., La Ley, 2.004, T. I, 45 y ss.

⁶⁶ MORELLO, Augusto Mario, *El principio de la buena fe en la sociedad del riesgo*, en CÓRDOBA, Marcos M., (director) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. y KLUGER, *ob. cit.*, p. 37.

⁶⁷ FARIA DE CARVALHO, Diógenes y GONZAGA E CASTRO, Ingrid Paula, “*La buena fe objetiva y la responsabilidad civil contractual en el derecho brasileño*”, Revista Jurídica de Daños, N° 2, 14-03-2012, IJ-LI-485.

parte, especialmente en el sentido de no ocultarle informaciones relevantes.⁶⁸ La buena fe, tanto en su concepción objetiva como subjetiva, baliza el ejercicio de los derechos y compone una verdadera válvula del sistema por donde surge el elemento moral, posibilitando no sólo la constante adecuación a la realidad socio-económica, sino también a la efectiva realización de la justicia contractual.⁶⁹

En el campo del Derecho del Consumidor, el principio de buena fe, que ya era mencionado expresamente en el artículo 37 de la LDC, juega como obligación en cabeza tanto del proveedor como del consumidor. Señala Álvarez Larrondo que la buena fe es cooperación y respeto, es conducta esperada y leal, tutelada en todas las relaciones sociales⁷⁰.

La buena fe es cantera de múltiples derivaciones indeterminadas. Del mismo derivan dos “sub” principios de vital importancia en el Derecho del Consumidor: el principio de confianza y el principio de transparencia.

Respecto del principio de confianza debemos recordar que en la sociedad de consumo la publicidad, la difusión de la marca y la imagen corporativa, las promociones y otras configuraciones y prácticas de mercado generan en el consumidor diversas expectativas respecto de la solvencia, la calidad, la seriedad y eficiencia de las empresas de las que adquieren o utilizan bienes o servicios. Por tales configuraciones, los consumidores, de manera lógica y razonable, depositan su confianza en los proveedores de estos bienes y servicios⁷¹. El principio de confianza se perfila entonces como la expectativa que surge dentro de una comunidad de comportamiento normal, honesto y cooperativo, basadas en normas comunes compartidas por todos los miembros de esa comunidad⁷². Por lo tanto, en el valor confianza importa que el consumidor sustente la aceptación —como hito del

⁶⁸ FARIA DE CARVALHO, Diógenes y GONZAGA E CASTRO, Ingrid Paula, “*La buena fe objetiva y la responsabilidad civil contractual en el derecho brasileño*”, Revista Jurídica de Daños, N° 2, 14-03-2012, IJ-LI-485.

⁶⁹ FARIA DE CARVALHO, Diógenes y GONZAGA E CASTRO, Ingrid Paula, “*La buena fe objetiva y la responsabilidad civil contractual en el derecho brasileño*”, Revista Jurídica de Daños, N° 2, 14-03-2012, IJ-LI-485.

⁷⁰ ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “*La buena fe en la ley 24.240*”, LA LEY 09/06/2009, 1.

⁷¹ Conf. ARIAS CÁU, Esteban J. - BAROCELLI, Sergio Sebastián, “*Servicios públicos, trato digno y daños punitivos*”, Revista Jurídica de Daños IJ Editores, 14-03-2012, IJ-LI-177.

⁷² FUKUYAMA, Francis, *Confianza, Las virtudes sociales y la capacidad de generar prosperidad*, Atlántida, Bs. As., 1996.

consentimiento contractual— en la apariencia generada por el proveedor a partir de la profesionalidad presumida⁷³.

El principio de confianza encuentra su especial arraigo en el nuevo Código en el artículo 1.067, como pauta de interpretación de los contratos y en el artículo 1.725, para la valoración de la conducta en supuestos de responsabilidad civil.

El principio de transparencia, en tanto, se vincula también con la actuación en el mercado de los proveedores en cuanto a que generan una plena accesibilidad a la información a los consumidores acerca de los productos o servicios que ofrecen⁷⁴.

Emparentado directamente con el derecho a la información, disciplinado en el artículo 42 de la Constitución Nacional, el artículo 4 de la LDC y numerosas normas especiales, encuentra también un nuevo refuerzo en el artículo 1.100 del nuevo Código.

e) Principio de realidad.

El principio de realidad, que tiene su origen en el Derecho del Trabajo, y que ha sido recepcionado expresamente por el Código de Protección al Consumidor del Perú, hace prevalecer, en caso discordancia, lo fáctico, es decir, lo que realmente ocurre, sobre lo establecido en documentos o que ha sido asentado de alguna manera⁷⁵.

De esta manera hace aflorar la relación de consumo o relación fundamental que le subyace y fundamenta, sin perjuicio del dispositivo jurídico enmarcado por los proveedores.

Este principio ha venido también a encontrar mayor sustento en los artículo 10, que regula el abuso del derecho y la situación jurídica abusiva (también regulada por el artículo 1.120); situación ésta que comprende a la abusividad originada en la pluralidad de actos jurídicos conexos. Aquí también vienen en auxilio las previsiones en materia de conexidad contractual (artículo 1.073 a 1.075).

⁷³ Conf. FALCO, Guillermo E., “*Cuantificación del daño punitivo*”, LA LEY 23/11/2011, 1

⁷⁴ Conf. Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú, artículo 4.

⁷⁵ Conf. FERREIRÓS, Estela Milagros, “*Principio de primacía de la realidad*”, en Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral (SADL), en http://www.laboral.org.ar/Doctrina/Principio_De_Primacia_De_La_Re/principio_de_primacia_de_la_re.html

Estas previsiones contribuirán también en todo lo desarrollado por la doctrina y jurisprudencia en materia de negocios jurídicos conexos y especialmente en la cuestión vinculada a los pagarés en el marco de las relaciones de consumo⁷⁶ o al corrimiento del velo societario en materia de consumo⁷⁷.

f) Principio de dignidad.

La dignidad de la persona humana está en el epicentro de la cosmovisión de los derechos humanos. Esta dignidad es un atributo del ser humano, de todo ser humano en cuanto tal, anterior y superior a toda autoridad, la cual, en consecuencia, no la crea, sino que la descubre, no la otorga sino que simplemente la reconoce, porque tiene que reconocerla. Está íntimamente vinculada con el libre desarrollo de su personalidad y los derechos a la integridad física y moral.

En cuanto al concepto de dignidad, desde el plano filosófico, podemos recurrir a Kant, quien entendió que dignidad implica entender que *“hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como medio”*⁷⁸. Siguiendo a Ekmekdjian, la dignidad es *“el derecho que tiene todo hombre a ser respetado como tal, es decir como ser humano con todos los atributos de su humanidad”*⁷⁹.

El principio de dignidad alude específicamente al hecho de que el hombre debe ser reconocido en su humanidad integral. Que el hombre no debe ser considerado como un objeto; que no debe tener un precio; que no debe ser cosificado o reificado durante todo el desarrollo de su periplo vital; que no debe ser utilizado como medio sino como un fin en sí

⁷⁶ Para profundizar sobre este punto, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián y RODRÍGUEZ, Gonzalo M., *“Sobreendeudamiento y pagarés de consumo”*, JA 2013- IV; SJA 2013/10/23- 3 y ARIAS CÁU, Esteban J. - BAROCELLI, Sergio Sebastian, *“Juicio ejecutivo, títulos de crédito y derecho del consumidor. El Superior Tribunal de Jujuy ratifica doctrina plenaria, pero siembra alguna incertidumbre”*, Revista de Derecho Mercantil, Microjuis, 18/12/ 2012, MJ-DOC-5999-AR | MJD5999.

Así lo denomina la Ley 25.675 General del Ambiente, en su artículo 4.

⁷⁷ Sobre este punto, ver: GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. y otros, *Corrimiento del velo societario y derecho del consumidor*, ponencia al III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores. Buenos Aires. 23 al 25 de septiembre de 2010.

⁷⁸ KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, traducción de Manuel García Morente. Edición digital basada en la 6ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1980, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/fundamentacion-de-la-metafisica-de-las-costumbres-0/>

⁷⁹ EKMEKDEJIAN, Miguel Ángel. *“El valor de la dignidad y la Teoría del Orden Jerárquico de los Derechos Individuales”* en BIDART CAMPOS, Germán J. (Coord.) *“Los valores en la Constitución Argentina”*. Ediar. Bs. As. 1999.

mismo; al que hay que facilitarle el desarrollo de todas sus facultades. Resuenan aquí, los ecos del pensamiento kantiano⁸⁰.

La dignidad de la persona, como principio jurídico, pasa a designar no sólo el "ser de la persona", sino la "humanidad de la persona". Y ésta se considera desde una perspectiva que no la confunde conceptualmente con el "sujeto jurídicamente capaz", ni con el individuo atomísticamente considerado, significando, por el contrario, "la reunión simbólica de todos los hombres en aquello que ellos tienen en común, a saber, su cualidad de seres humanos". En otras palabras, es ella la que permite el reconocimiento de pertenencia (appartenance) a un mismo "género": el género humano". La modificación de grado en el significado está en que la dignidad es el atributo o cualidad de esta pertenencia: "si todos los seres humanos componen la humanidad es porque todos ellos tienen esta misma cualidad de dignidad en el 'plan' de la humanidad; decimos que ellos son todos humanos y dignos de serlo". Es por ello que, más que una "expresión vacía", como podrían pensar quienes siguen aferrados a la concepción legalista estricta del ordenamiento jurídico, la afirmación del principio, que ha sido considerado como principio estructurador del orden constitucional en los más diversos países -asignándosele incluso un valor "refundacional" de toda la disciplina privada - significa que la personalidad humana no es pasible de reducción, ni aun mediante la ficción jurídica, únicamente a su esfera patrimonial, poseyendo una dimensión existencial que es valorada jurídicamente en la medida en que la persona, considerada en sí y en (por) su humanidad, constituye el "valor fuente" que anima y justifica la existencia misma de un ordenamiento jurídico⁸¹.

EL principio de dignidad del consumidor permite al Derecho del Consumidor apropiarse del "capital social" que poseen los derechos humanos⁸². Se vislumbra así como la "esencia" del Derecho del Consumidor el respeto de la persona humana como centralidad, de su dignidad y su calidad de vida, y no sólo como una "regulación del mercado", como lo conciben quienes adscriben al llamado "Derecho del Consumo".

⁸⁰ BELANTRO, Rubén Santos, "La dignidad del anciano en el derecho internacional privado", elDial.com – DCA40, 24/11/2006.

⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith, "Los daños a la persona en el Derecho Brasileño y la naturaleza de su reparación", RCyS 2001 , 101

⁸² SOZZO, GONZALO, "Consumo verde y digno: humanización y ambientalización del Derecho del Consumidor. (Sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)", http://cec.mpba.gov.ar/sites/default/files/150608_Consumo_digno_y_verde.pdf

El mismo tiene su fundamento principal en la Constitución Nacional, en el artículo 42 y en los diferentes tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, conforme el artículo 75 inc. 22 CN.

Dicho principio, inspirador del artículo 8 bis de la LDC, constituye también el sustento del artículo 1.097 del CCC, que dispone que “Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.”

De esta manera, se establece aquí un “puente” con la materia de los derechos humanos, que enriquecen con sus normas, principios e instituciones al Derecho del Consumidor, como capítulo de los derechos humanos de tercera generación, tanto en su dimensión individual como de incidencia colectiva. Todas las etapas, circunstancias y efectos de las relaciones de consumo deben respetar, por tanto, este principio de dignidad, especialmente en cuanto al diseño, implementación y monitoreo de prácticas comerciales.

Otras previsiones del Código que, entendemos, apuntalan el principio protectorio son:

- a) El artículo 51 del CCC, que reconoce la inviolabilidad de la persona humana;
- b) El artículo 52 del CCC, que reconoce el derecho a toda persona humana lesionada en su dignidad personal a reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos;
- c) El artículo 279 del CCC, al establecerlo como requisito del objeto de los actos jurídicos;

g) Principios de responsabilidad y solidaridad.

El mundo contemporáneo avanza en el campo tecnológico en progresiones geométricas, transformando la forma de vida de sus habitantes en proporciones antes desconocidas. Este fenómeno actualiza aquellas visiones proféticas y a veces apocalípticas acerca de la técnica que surgieron en la literatura y en la filosofía del siglo XX, y reformula

interrogantes acerca de si el avance tecnológico es un beneficio o un peligro para la calidad de vida o incluso para la supervivencia misma del género humano⁸³.

El principio de responsabilidad, desarrollado por Hans Jonas⁸⁴, aparece como una proclama de buena voluntad necesaria, para los peligros que encierran, para la vida humana, los avances tecnológicos. El principio de responsabilidad en materia de consumo adopta el contenido de un factor de atribución objetivo y una responsabilidad solidaria o concurrente de toda la cadena de comercialización.

El principio de responsabilidad nace, precisamente, como una necesidad, entre cuyos objetivos fundamentales se encuentra la obligación de reparar los daños y perjuicios causados (función reparadora), así como evitar, mediante la amenaza de una sanción o perjuicio patrimonial, conductas ilícitas o irresponsables (función preventiva). Tiene, por tanto, sus implicancias, tanto respecto a la seguridad de bienes y servicios, como a su inocuidad e idoneidad, como a la prevención, reparación y punición de daños.

El nuevo Código Civil y Comercial ha fortalecido y consolidado el principio de responsabilidad, especialmente en la función preventiva, que se ha regulado de manera explícita e integral. El artículo 1710 del Código Civil y Comercial establece que toda persona tiene el deber, por lo que depende de:

- a) evitar causar daños injustificables;
- b) adoptar, de buena fe y de acuerdo con las circunstancias, las medidas razonables para evitar el daño de productos, o disminuir su magnitud; si estas medidas impiden o disminuyen la magnitud del daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el importe de los gastos realizados, de acuerdo con las reglas del enriquecimiento sin causa;
- c) no agravar el daño, si ya se produjo.

El artículo 1711 CCC, por su parte, establece que la acción preventiva se presenta cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su

⁸³ GLÜCK, Mario *El principio de responsabilidad: ¿ una ética impracticable?. Reflexiones en torno a la propuesta política de Hans Jonas*, en www2.pucpr.br/reol/index.php/rt?dd99=pdf&dd1=95.

⁸⁴ JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización*. Barcelona: Herder, 1994.

continuación o agravamiento, y no resulta exigible la concurrencia de ningún factor de atribución. En cuanto a la legitimación, con correcta amplitud el artículo 1712 CCC la otorga a todo aquel que demuestre un interés.

h) Principio de equidad

La equidad es también un principio general del Derecho que alcanza contornos particulares en el Derecho del Consumidor.

Se sostiene que el principio de equidad, conforme lo entendemos actualmente es hijo de la concepción griega o *epieikeia* y la concepción romana clásica o *aequitas*.

La concepción griega parte de la Ética a Nicómaco de Aristóteles, donde se perfila una función rectificadora-correctora que la equidad tiene respecto de la ley cuando su cumplimiento resulte, por razón de circunstancias particulares, pernicioso o desfavorable al bien común. Dicha función surge ante casos no corrientes naturalmente obviados en la generalidad de la ley. "Allí donde no alcanza el legislador y yerra al simplificar, entonces está bien - puntualiza el filósofo - corregir la omisión, aquello que el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y habría hecho contar en la ley si hubiera sabido". La "rectificación" no lleva necesariamente a prescindir de la norma, sino contrariamente, a ser fiel al espíritu o fin de la misma. Por esto, la "corrección" no importa la enmienda o modificación del texto, sino que simplemente se trata de moderar su rigor literal en situaciones fácticas no previstas por la naturaleza abstracta y general de la ley⁸⁵.

La concepción romana de equidad, por su parte, se vincula con el concepto mismo de derecho en la época correspondiente al nacimiento y apogeo del derecho romano. Es más, la equidad (*aequitas*) es sinónimo de derecho (*ius*). Esta sinonimia lleva a los juristas romanos a concebir al *ius* como la disciplina de la equidad. Para comprender el alcance de esta vinculación, y por ende la significación de la *aequitas*, es preciso recordar a qué alude el concepto de derecho en este período del derecho romano. El *ius* propiamente significa lo justo, es decir, el orden judicial socialmente admitido, formulado por los que saben de lo justo. A su vez lo justo no se refiere a una norma sino a una "cosa" preexistente. Esto lleva

⁸⁵ Conf. ÁLVAREZ, Georgina I., "La equidad en los contratos de consumo: máxima de protección", Id SAIJ: DACF020045.

a decir que, sólo a partir de la mirada a la realidad del problema concreto (a sus peculiaridades y a las consecuencias que de ellas se derivan) la prudencia judicial puede inferir la solución ajustada, o lo que es lo mismo, el derecho (*ius o aequum*) de cada litigante⁸⁶.

De estas dos acepciones de la equidad muy brevemente expuestas surgen, en general, claras diferencias conceptuales. Mientras la *epieikeia* griega funciona para el intérprete como un criterio rectificador de la generalidad de la ley frente a la polifacética realidad, la *aequitas* romana lleva a descubrir el derecho mismo en un caso puntual. Además, mientras la *epieikeia* contribuye a buscar la intención común de los contratantes cuando el intérprete encuentra una divergencia entre la voluntad declarada y la real, la *aequitas* permite delimitar el derecho de cada una de las partes sobre la base de lo acordado por ellas y atendiendo al equilibrio de las prestaciones.⁸⁷

El principio de equidad en el Derecho del Consumidor proyecta su contenido en diversas cuestiones en las relaciones de consumo:

- a) En el derecho a recibir condiciones de atención y trato equitativo y no discriminatorio en el marco de las relaciones de consumo, reconocido en el artículo 8 bis de la LDC, y fortalecido por el artículo 1.098 del CCC;
- b) En materia de interpretación de las relaciones de consumo y del derecho del Consumidor en general;
- c) En materia de conexidad contractual y sus proyecciones en las relaciones de consumo (art. 1.073 y ss. CCC y 36 LDC) y situaciones jurídicas abusivas (art. 1120 y 1122 CCC);
- d) En materia de cláusulas abusivas, los efectos de evaluar desequilibrios significativos entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor (art. 1119 CCC), respecto de la reciprocidad de trato, equivalencia de las prestaciones, etc. y en cada supuesto en particular (art. 988 y concordantes CCC y 37 LDC)

⁸⁶ Conf. ÁLVAREZ, Georgina I., “La equidad en los contratos de consumo: máxima de protección”, Id SAIJ: DACF020045.

⁸⁷ Conf. ÁLVAREZ, Georgina I., “La equidad en los contratos de consumo: máxima de protección”, Id SAIJ: DACF020045.

- e) En particular, respecto a la reciprocidad de trato entre las partes, reconocido en materia de servicios públicos domiciliarios para los reintegros o devoluciones respecto de los cargos por mora, en el artículo 26 LDC;
- f) En la construcción del concepto de consumidores hipervulnerables⁸⁸.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.

El Derecho del Consumidor obliga a los operadores jurídicos a “revisitar” la mirada sobre los paradigmas clásicos de Derecho, a la luz de las realidades económicas, sociales y culturales que plantea la “sociedad de consumo” y las normas y valores emanados de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos. Estos desafíos se ven especialmente acentuados ante la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, aprobado por la Ley N° 26.994 y los cambios de paradigma que dicho Código perfila.

El “diálogo de las fuentes”, como metodología superadora de la visión decimonónica del “conflicto de las leyes en el tiempo” del nuevo Código Civil y Comercial, constituye la herramienta adecuada para una interpretación y aplicación del Derecho, y del Derecho del Consumidor en particular, a la luz de los postulados constitucionales y convencionales, en un escenario de pluralidad, fragmentación y posmodernidad y en consonancia con la perspectiva de derechos humanos y tutela de los vulnerables.

En esa perspectiva, los principios del Derecho del Consumidor y las reglas hermenéuticas derivadas de ellos conforme hemos detallado anteriormente desempeñan un papel orientador destacado para la interpretación y aplicación del Derecho en clave de “diálogo de fuentes”.

⁸⁸ Sobre este punto, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián, “*Incumplimiento del trato digno y equitativo a consumidores hipervulnerables y daños punitivos: la Suprema Corte de Buenos Aires confirma su procedencia*”, DJ 29/05/2013, 3 Y barocelli, Sergio Sebastián-ORTÍZ, Diego O., “*Deber de seguridad en playas de estacionamiento en hipercentros de consumo. Consumidores hipervulnerables*”, LL 13/07/2.016, p. 4.

UNA APROXIMACIÓN AL DIÁLOGO DE LAS FUENTES COMO HERRAMIENTA HERMENÉUTICA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.-

POR YAMILA CASTAGNOLA; DÉBORA MARHABA Y JAVIER ORDUNA

I. INTRODUCCIÓN

La complejidad de nuestros tiempos nos ha convertido en espectadores de la proliferación de normas tendientes a regular los diversos aspectos de la vida social que han impactado de manera profunda en nuestro ordenamiento jurídico. Mediante preceptos que atienden los diferentes roles que un sujeto ocupa en ella (paciente, consumidor, empresario) y sus distintos ámbitos de acción (telecomunicaciones, ambiente, actividad nuclear, tecnificación, concentración de la actividad económica) nos obligan a mirar a las diferentes ramas del Derecho ya no como “compartimentos estancos”, sino como parcelas relacionadas.

Pareciera claro suponer que dicha inflación normativa aumenta la probabilidad de conflictos entre leyes debido a que el legislador, lejos de promover el reemplazo de unas normas por otras, establece soluciones parciales a los temas que generan subsistemas normativos que coexisten. Esta circunstancia dio lugar a la aparición de una nueva teoría que suplantara los criterios clásicos de resolución del conflicto de leyes en el ámbito de su interpretación y aplicación. En efecto, frente a la gran cantidad de normas legales aplicables a un mismo supuesto de hecho, se torna necesario armonizarlas y darles coherencia⁸⁹.

En esta línea, los criterios como el cronológico, de especialidad y jerárquico han sido superados por una nueva herramienta de interpretación denominada “diálogo de las fuentes”.

⁸⁹ BAROCELLI, Sergio Sebastián; “*Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial*”; La Ley; DCCyE 2015 (febrero), 24/02/2015, 63 Cita Online: AR/DOC/412/2015.

Uno de sus mayores exponentes, Erik Jayme, describió esta teoría en 1995 durante un Curso General en la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Este “diálogo” indica la necesidad de aplicar de manera simultánea y coordinada las diversas fuentes del derecho internacional – materia de su especialidad- con la finalidad de eliminar la norma incompatible cuando la contradicción que cause sea insuperable. En efecto, lo que se propone es restaurar la coherencia del sistema a través de una coordinación flexible y útil de las fuentes, y sólo de manera excepcional, eliminar la aplicación de la norma incompatible.

Claudia Lima Marques, autora imprescindible en temas de derechos de los consumidores y usuarios, traspuso esta teoría al derecho brasileiro para analizar las relaciones entre el Código de Defensa del Consumidor del año 1990 y el Código Civil del año 2002.

Dada la complejidad y extensión de la obra de estos dos autores, en este artículo nos proponemos abordar en forma exploratoria sus teorías –muy discutidas, por cierto- y realizar un análisis crítico de dicho estudio. Nuestro objetivo principal ha sido estudiar en el marco del Código Civil y Comercial el “diálogo de las fuentes” como herramienta hermenéutica de interpretación y su impacto en el sistema de protección al consumidor vigente.

II.LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Tras la lectura del material que refería a la herramienta de interpretación que propone el Código Civil y Comercial observamos una constante referencia al fenómeno o proceso conocido como “constitucionalización del derecho privado”. En primer lugar, podemos afirmar que el eje de atención se desplazó desde la ley hacia la Constitución Nacional no tan solo concebida como un mero preámbulo o una manifestación política, sino como verdadero Derecho.

No se trata de una cuestión reciente. Sus orígenes se remontan a la finalización de la Segunda Guerra Mundial momento a partir del cual desde el campo jurídico se comienza a trabajar acerca de la idea de la inviolabilidad de la persona humana y su lugar en el centro

del sistema jurídico⁹⁰. Al respecto se ha sostenido que “Este proceso ha producido un cambio trascendental en la organización jurídico-política de los Estados. El enriquecimiento de los textos constitucionales bajo el paradigma de la inviolabilidad de la persona, su nueva concepción como norma jurídica fundamental, paulatinamente los hace adquirir fuerza vinculante, aplicación inmediata, operatividad, y nace el criterio de “aplicación conforme a la Constitución”: ya no basta para dar solución a un problema con la aplicación exclusiva de la regla específica prevista en el sistema para afrontarlo, sino que es necesario interpretar dicha regla en confrontación con los principios y valores plasmados en la Constitución.”⁹¹

El tópicus es complejo, extenso e impactó de manera profunda en la interpretación de las normas⁹² ya que en nuestro país el control constitucional no es concentrado, sino difuso. Ello implica que, al no existir tribunales constitucionales (como sí los hay en otros países) y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sea la última intérprete – en la mayoría de los casos- de nuestra norma fundamental, los jueces deben tener un cabal conocimiento de todas las normas, valores y principios que se encuentran en juego⁹³. Sin embargo, esta complejidad no es un obstáculo propio de los magistrados sino que parte desde la formación de los abogados en las Facultades de Derecho, ya que la enseñanza aspira a generar técnicos especializados en el litigio y no, interpretes críticos de las normas⁹⁴.

El profesor Louis Joseph Favoreu en el año 1996, tras realizar un breve resumen del proceso de constitucionalización del derecho en Francia, sostuvo que este fenómeno no se encuentra necesariamente vinculado a la existencia de un Tribunal Constitucional, como existe en aquel país, sino que refiere en primer lugar a la acumulación de normas constitucionales a través del desarrollo de la justicia constitucional y luego a la difusión de estas normas en el orden jurídico. La acumulación comprende la aplicación directa de las disposiciones de la Constitución a los individuos, mientras que la difusión refiere a la

⁹⁰ CHAUMET, Mario – MEROI, Andrea; “Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado: ¿Será en definitiva el derecho solo el juego de los jueces?”; [http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/institucional/centro-de-capacitacion-judicial/actividades-2015-\(click-para-ver-todas\)/3327.pdf](http://www.justiciasantafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/institucional/centro-de-capacitacion-judicial/actividades-2015-(click-para-ver-todas)/3327.pdf) (disponible al 08/07/2016)

⁹¹ <http://www.infojus.gob.ar/carlos-emilio-depetris-hacia-cambio-practica-juridica-notas-sobre-capitulo-1-titulo-preliminar-codigo-civil-comercial-dacfl50652-2015-06-01/123456789-0abc-defg2560-51fcanirtcod> (último acceso: 1/3/16)

⁹² ZAGREBELSKY Gustavo; *Constitucionalismo*; Revista DERECHOS Y LIBERTADES; Número 29, Época II; junio 2013; pp. 19-38.

⁹³ FAVOREU, Louis J; “La Constitucionalización del Derecho”; Artículo publicado en las Misceláneas en homenaje a Roland Drago, *La unidad del derecho*, París, Económica, 1996, pp. 25 y siguiente.

⁹⁴ WIERZBA Sandra M., PÉREZ LEDESMA Pablo, ALVAREZ Rubén Darío, BARNECHE Damián M. y ALVARADO Paula Mercedes; “La universidad pública y el servicio a la comunidad (Aportes desde la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires)”; Academia. Revista sobre Enseñanza de Derecho”, año 9, Número 18, 2011.

aplicación de estas construcciones constitucionales como Derecho y al hecho de que las leyes ordinarias vayan vinculando y llevando a cabo cada vez más las normas constitucionales⁹⁵.

Isabel Linfante Vidal ante la discusión de si estamos frente a un cambio de paradigma en el sentido de pasar de un Estado de Derecho a un Estado constitucional de Derecho, se planteó la cuestión de cómo interpretar el Derecho en este último. Entiende que es usual diferenciar el “Estado constitucional” como fenómeno histórico (en referencia a un modelo de organización jurídica – política) del “constitucionalismo” en cuanto teoría que da cuenta de dicho fenómeno. Con cita a Manuel Atienza⁹⁶ sostiene que el Estado constitucional requiere la existencia de una Constitución en sentido formal, rígida, que se diferencie del resto de las fuentes del derecho en prelación normativa, además de dos características esenciales: “...*En primer lugar, la Constitución ha de responder a las pretensiones normativas del constitucionalismo político: la limitación del poder político y la garantía de los derechos, es decir, estos sistemas han de asumir los valores y fines del constitucionalismo como ideología. De este modo, las Constituciones formales de los Estados constitucionales incorporan las dos grandes estrategias del constitucionalismo político: la de los diseños institucionales idóneos para la garantía de esos valores y fines y la del carácter regulativo de los mismos. Son, pues, Constituciones constitutivas y regulativas (esos valores y fines se han incorporado a las constituciones en forma de derechos y principios liberales y del Estado social, comprometidos con la erradicación del autoritarismo y de la exclusión social). Y, en segundo lugar, esa constitución formal que responde a los parámetros normativos del constitucionalismo tiene que ser además practicada, en el sentido de que tiene que haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que puede ser considerada como su norma fundamental y, por lo tanto, que juega un papel central en relación con los problemas de identificación, de unidad y de continuidad del sistema jurídico.*”⁹⁷. Así, afirma que el modelo de interpretación jurídica que mejor encaja dentro de este nuevo paradigma del Derecho es el constructivista o basado en valores.

⁹⁵ FAVOREU, Louis J; op. cit; pp. 25 y siguiente. El autor sostiene que “‘*La Constitución, es derecho*’; las reglas constitucionales son directamente aplicables tanto por el juez ordinario como por las autoridades administrativas o los particulares.”

⁹⁶ ATIENZA, Manuel; “*Argumentación y Constitución*”; http://www3.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf

⁹⁷ LIFANTE VIDAL Isabel; “*La interpretación jurídica y el paradigma Constitucionalista*”; trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación SEJ 2007-64044/JURI.

En el caso argentino, se han verificado cambios paradigmáticos en la concepción del derecho privado a través del proceso de constitucionalización que, como bien explica Gonzalo Sozzo “...supone entender cómo se transforma la técnica de resolución de los casos de derecho privado a partir de herramientas del derecho constitucional”⁹⁸, deconstruyendo la dicotomía entre lo público y lo privado y reconstruirla como una asociación ya que la ley privada –como fuente del derecho- “...se compone de una pluralidad de documentos que exceden al Código Civil y que, incluso pueden provenir del campo del derecho público”⁹⁹.

El Código Civil y Comercial no es ajeno a estas circunstancias, ya que desde hace años se puso de manifiesto la importancia de la aplicación de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales para la solución de casos de derecho privado¹⁰⁰. Este nuevo paradigma de constitucionalización y convencionalización del derecho privado ha definido la orientación de la última reforma.¹⁰¹

En el año 1994, con la reforma de la Constitución Nacional se incorporaron los tratados internacionales de derechos humanos y se estableció que todos ellos tienen jerarquía igual a ella y por lo tanto superior a las leyes. Así se receptaron algunos precedentes jurisprudenciales que venían sosteniendo la plena operatividad de la Constitución Nacional y los tratados internacionales.¹⁰² En efecto, la constitucionalización del derecho en nuestro país no solo implica la observancia de nuestra norma de normas, sino que a partir del art. 75 inc. 22 propone un bloque constitucional conformado también por los tratados internacionales. El fenómeno de la internacionalización del derecho y la cada vez más compleja regulación de diversas situaciones se ha venido manifestando en el

⁹⁸ SOZZO, Gonzalo: “La resistematización de la regulación del consumo en el Proyecto del Código Civil 2012”. Revista Derecho Privado. Año 2, N° 4. Ediciones Infojus, p. 79. Id Infojus: DACF130079, disponible en línea: <http://www.infojus.gob.ar/gonzalo-sozzo-resistematizacion-regulacion-consumo-proyecto-codigo-civil-2012-dacf130079/123456789-0abc-defg9700-31fcanirtcod> (último acceso: 7/3/16)

⁹⁹ SOZZO, Gonzalo; op. Cit; pág. 82.

¹⁰⁰ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés: «Estado constitucional y proyecto de Código Civil», en La Ley Online

¹⁰¹ Así lo señala, entre otros, DEPETRIS Carlos “...no puede prescindirse de realizar algunas consideraciones básicas sobre el contexto histórico que enmarca y define la reforma. Me refiero a los procesos de constitucionalización y convencionalización del Derecho que vienen desarrollándose en las últimas décadas en países cuyos sistemas jurídicos pertenecen, como el nuestro, a la familia del Derecho continental.” Recuperado de: <http://www.infojus.gob.ar/carlos-emilio-depetris-hacia-cambio-practica-juridica-notas-sobre-capitulo-1-titulo-preliminar-codigo-civil-comercial-dacf150652-2015-06-01/123456789-0abc-defg2560-51fcanirtcod> (Disponible al 17/07/2016)

¹⁰² CSJN, “*Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho*” sentencia de fecha 07/07/1992

reconocimiento de derechos y la asunción de obligaciones a través de compromisos internacionales¹⁰³.

La República Argentina es signataria de determinados tratados internacionales que tienen su propio órgano jurisdiccional que interpreta y aplica esos pactos, condenando en muchas oportunidades a nuestro país por el incumplimiento de las obligaciones asumidas. Además, su doctrina es aplicable al derecho interno de cada uno de los Estados miembros. Por ejemplo, en materia penal la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en el sentido que la interpretación y aplicación del Pacto de San José de Costa Rica realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es obligatoria para los jueces del territorio nacional en las condiciones de su vigencia¹⁰⁴.

A nuestro modo de ver el Código Civil y Comercial es producto de este cambio y “mira para arriba”, es decir que para la solución de un caso no solo se va a tener en cuenta las disposiciones contenidas en este cuerpo legal, sino que se deberá adaptarlas a los principios y valores constitucionales y convencionales¹⁰⁵.

Este es justamente el cambio de paradigma: una mirada más amplia del sistema jurídico que interprete y aplique las distintas normas a la luz de los principios y valores constitucionales y convencionales. La interpretación debe tener en cuenta qué fue lo que tuvo en miras el legislador al momento de crear la ley, en concordancia con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, además de las costumbres y principios. Todas estas directrices son las que iluminarán la decisión del juez, para así evitar la arbitrariedad de sentencias y el apartamiento de la ley. En otras palabras: *“El nuevo Código se propone abiertamente constitucionalizar la cultura jurídica argentina, trazando puentes entre el Derecho público y el privado, comunicando subsistemas que hasta hace poco tiempo parecían separados por mares.”*¹⁰⁶

¹⁰³ FERRAJOLI, Luigi; *Derechos y garantías. La ley del más débil*; E. Trotta; Madrid; 2010; págs.16/19.

¹⁰⁴ CSJN, “*Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación*”, sentencia de fecha 07/04/1995.

¹⁰⁵ Esta directiva fue incorporada en el Título Preliminar a fin de generar cierta armonía en la aplicación de las normas.

¹⁰⁶ DE PETRIS, Carlos; Recuperado de <http://www.infojus.gob.ar/carlos-emilio-depetris-hacia-cambio-practica-juridica-notas-sobre-capitulo-1-titulo-preliminar-codigo-civil-comercial-dacfl50652-2015-06-01/123456789-0abc-defg2560-51fcanirtcod> (Disponible al 17/07/2016)

III. LA TEORÍA DEL DIÁLOGO DE LAS FUENTES EN LA CONCEPCIÓN DE ERIK JAYME

En 1995, durante su curso de Derecho Internacional de la Academia de La Haya, el profesor Erik Jayme introduce en el campo del Derecho Internacional Privado el concepto de “diálogo de las fuentes” para remarcar la necesidad de una coordinación en la interpretación y aplicación de las fuentes del derecho en el marco de lo que él denomina *el derecho a la identidad cultural en una sociedad globalizada*.¹⁰⁷

El diálogo aparece, entonces, como un método dirigido, en particular, al intérprete –juez– para encontrar la solución a un conflicto iusprivatista intentando aplicar en forma coordinada las diferentes fuentes vigentes (como los derechos del hombre, las constituciones, las convenciones internacionales), “...*escuchando lo que ellas dicen*” (p. 259).

En la visión de Jayme, la cultura posmoderna se caracteriza por considerar como valores a la autonomía de la voluntad, a la libertad y a la igualdad. El posmodernismo supone el reconocimiento del derecho al respeto a la identidad cultural de cada pueblo. Por lo tanto, es lógico que en el campo de las relaciones privadas internacionales, deje de pensarse en la preeminencia de una fuente por sobre otra, y comience a andarse el difícil camino de la armonización y coordinación de las heterogéneas normas que son fuente del Derecho Internacional Privado. Es allí donde se manifiesta el respeto por el elemento extranjero, la tolerancia por aquello que es diferente.

Además, el método se inspira en ese respeto por la diversidad y, consecuentemente, por el respeto de los derechos fundamentales del hombre ya que como enseña Michel Villey “(...) *no hay nada más diferenciador, más individual, más básico, distintivo y equitativo que el reconocimiento de los derechos del hombre, de los derechos fundamentales: de manera general, es el derecho de cada uno a su diferencia*”.¹⁰⁸

La pluralidad es un valor jurídico del posmodernismo. No se trata de una novedad en el mundo jurídico. Werner Goldschmidt en el prólogo de 1976 a su Derecho Internacional

¹⁰⁷ JAYME, Erik, *Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé*, en Recueil des Cours, tome 251, Hague, 1995.

¹⁰⁸ VILLEY, Michel; *Le droit et les droits de l'homme*, París, PUF, 1990, p. 13: De façon plus générale le droit de chacun à sa différence, citado por LIMA MARQUES, Claudia (coord.): *Diálogo das fontes. Do conflito à coordinação de normas do direito brasileiro*, Sao Paulo, Editora dos Tribunais, 2012, p. 60.

Privado ya exhortaba por el ejercicio de la tolerancia desde su visión pluralista del derecho.

De alguna manera la teoría de Jayme retoma esas ideas y las plasma en un método, el diálogo de las fuentes, que afirma la superación del conflicto entre leyes, reemplazándolo por la idea de la posibilidad de aplicar a un mismo caso distintas normas, coordinadamente, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de la persona humana.

IV. LAS CONTRIBUCIONES DE CLAUDIA LIMA MARQUES A LA TEORÍA DEL DIÁLOGO DE LAS FUENTES.

Al momento de sancionarse el Código Civil de Brasil en el año 2002 empiezan a surgir en la doctrina de ese país algunas inquietudes respecto a la posible convivencia de dicho Código con otras legislaciones especiales que fueron sancionadas con anterioridad. En ese contexto, Claudia Lima Marques propone ampliar el ámbito de aplicación de la teoría del diálogo de las fuentes, tal como fuera formulada por Jayme, y transformarla en un método de interpretación y aplicación del derecho en general.

La autora analiza la cuestión al estudiar la compatibilidad de la legislación de consumo brasilera, en vigencia desde el año 1990, y las normas de consumo contenidas en el Código Civil Brasileiro de 2002.

Lejos de suponer que la legislación anterior había sido derogada por la más reciente, ni que las normas contenidas en el Código Civil eran inaplicables en virtud del principio de especialidad –que daría preeminencia a las normas de consumo propiamente dichas-, la autora entiende que en un escenario de complejidad como el actual, los criterios tradicionales de interpretación del derecho (cronológico, de especialidad y jerárquico) ya no pueden seguir siendo aplicados por el operador jurídico: “...Aplicar la ley, con miras a dejar de lado una y priorizar la otra, es una visión reduccionista de las posibilidades actuales de aplicación de las leyes...”¹⁰⁹

En cambio, retoma las ideas de Jayme y propone una aplicación simultánea, coherente y

¹⁰⁹ LIMA MARQUES, Claudia: “O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en Claudia Lima Marques (coord.) Diálogo das fontes. Do conflito a coordenacao de normas do direito brasileiro, Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 2012, p. 26 (nota: traducción propia)

coordinada de las diversas fuentes para hallar una solución jurídica que tenga en miras el respeto de los derechos fundamentales del hombre.

Como ella misma explica hablamos de un "diálogo" porque *hay una aplicación conjunta de ambas normas al mismo tiempo y al mismo caso*, ya sea complementaria o subsidiariamente, sea permitiendo la opción voluntaria de las partes por la fuente predominante o incluso la opción de una solución flexible y abierta, de interpenetración, o la solución más favorable para el más débil de la relación.¹¹⁰ Se trata de una *aplicación conjunta y armoniosa guiada por los valores constitucionales y los derechos humanos*¹¹¹.

Los criterios clásicos para resolver los conflictos de leyes –propios de un sistema donde las fuentes no dialogan- son ahora reemplazados por “diálogos”. Tal así que los nuevos criterios dan a paso a una tipología de diálogos que Lima Marques formuló de la siguiente manera:

- *Diálogo sistemático de coherencia*: en la nueva jerarquía se trata de analizar la coherencia dada por los valores constitucionales y prevalencia de los derechos humanos, de modo tal que una ley sirve de base conceptual para la otra;

- *Diálogo de complementariedad y subsidiariedad*: la nueva especialidad trata de complementar o aplicar subsidiariamente las normas especiales, entre ellas, con tiempo y orden en esta aplicación, primero la más valorativa, después en lo que correspondieren, las otras. Significa ello que una ley puede complementar la aplicación de otra; ya que tanto sus normas, principios y cláusulas generales pueden encontrar un uso subsidiario o complementar;

- *Diálogo de coordinación y adaptación sistemática*: el nuevo criterio cronológico supone que el tiempo de promulgación de la ley ya no es importante, sino que debemos centrarnos en la necesidad de adaptar el sistema cada vez que una nueva ley es sancionada por el legislador. Las influencias recíprocas guiadas por los valores constitucionales son las que van a guiar este diálogo de adaptación sistemático.¹¹²

¹¹⁰ LIMA MARQUES, Claudia; op. cit; p. 28.

¹¹¹ LIMA MARQUES, Claudia; op. cit; p. 27.

¹¹² LIMA MARQUES, Claudia; op. cit; p. 31 y 32.

V. LA GESTACIÓN DEL DIÁLOGO DE FUENTES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN: LOS FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO

En los *“Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial”*, la Comisión encargada de la reforma integrada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton y Aída Kemelmajer de Carlucci (en adelante, “la Comisión”) expusieron los motivos y explicaron los puntos esenciales que dieron origen a la tarea encomendada.

Para seguir un orden conforme lo establecido en el documento, lo primero que podemos mencionar respecto de los aspectos valorativos que se relacionan con el derecho de los usuarios y consumidores es la llamada “constitucionalización del derecho privado”. No es un dato menor, ya que al hablar del “diálogo de fuentes” es esencial hacer hincapié en que estos derechos se plasmaron en los artículos 42 y 43 de nuestra Constitución Nacional, además de algunos específicos consagrados en los Tratados Internacionales (por ejemplo el derecho a la salud, o a una sentencia eficaz y en tiempo oportuno). Por lo tanto, la coordinación y armonización de las normas a aplicar en una controversia respecto de los derechos de usuarios y consumidores deben tener como norte y como luz la Constitución Nacional.

Hecha esta salvedad que es relevante para nuestra materia, ahora sí nos vamos a dedicar lo que la Comisión tituló “El método del anteproyecto”. En este apartado podemos encontrar una breve descripción del llamado “diálogo de fuentes”. En los fundamentos no encontramos notas al pie, ni tampoco cita a autores respecto a este tópico, pero de igual modo rescataremos lo descrito en el texto. El llamado “diálogo de fuentes” se encuentra en el espacio dedicado a justificar la existencia de un título preliminar. Si bien la Comisión aclara su conocimiento acerca del fenómeno de la descodificación, decidieron proponer este título introductorio a la obra para lograr armonía y coordinación entre los operadores de justicia.

La Comisión se esforzó en primer lugar en que los términos y el lenguaje del Código sean lo más claro posible para que tengan acceso a la letra de la ley aquellos que tenemos un conocimiento del Derecho por dedicarnos a él, como para los que no lo tienen. Sin embargo, hace una salvedad cuando se dedican a explicar la inevitable conexión del

derecho con otras ciencias y sostienen que algunos términos no pueden ser modificados porque pertenecen a otras ciencias con las cuales el Derecho se relaciona. Entonces, en primer lugar podemos observar que el “diálogo” no sólo se establece entre las fuentes establecidas en los artículos del Código, sino también con otras ramas del saber.

Ahora bien, ya de lleno en lo que nos convoca, la Comisión de forma clara expuso: *“El código se relaciona con otras normas ya existentes en el sistema, y ello ha demandado un esfuerzo importante a fin de lograr la mayor coherencia posible, sobre todo teniendo en cuenta que esas leyes contienen reglas, frases y vocablos disímiles. Como consecuencia de la constitucionalización del derecho privado hay un importante contenido de normas de orden público en áreas relevantes.”*¹¹³

Aquí nos ofrecen una aproximación a lo que luego será explicado como “diálogo de fuentes”. Hoy en día un caso no puede ser resuelto por los operadores de justicia sólo con el Código ya que hay una orden explícita de no ignorar otras normas vigentes referidas a las materias específicas que se deben analizar todas en pos de la coordinación y coherencia. Esto no es más que el corolario de la concepción de respeto que el Código tiene por los microsistemas normativos suficientes, y uno de ellos – en palabras de la Comisión- es el de los consumidores y usuarios. Sin embargo, la Comisión se encargó de aclarar que se tuvieron que hacer reformas en puntos que la doctrina y jurisprudencia marcó como defectuosos e insuficientes, para no decir polémicos respecto de estos derechos.¹¹⁴

La existencia de un título preliminar también se justificó en base a que los operadores de justicia necesitan “guías” para decidir frente a un “sistema de fuentes complejo”. Para un caso pueden resultar aplicables la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, el Código, leyes específicas, resoluciones de diferentes autoridades de aplicación y por ejemplo las costumbres¹¹⁵. Ante este sistema de fuentes complejo la Comisión entiende que más allá de la ley, fuente principal del derecho, en la decisión judicial se deben tener en

¹¹³ www.nuevocodigocivil.com

¹¹⁴ www.nuevocodigocivil.com

¹¹⁵ Fundamentos del anteproyecto: *“En el sistema jurídico argentino vigente no hay un dispositivo que fije reglas generales respecto de las fuentes ni en relación a la interpretación de éstas. La regulación completa de las fuentes es un tema que hoy se analiza en el derecho constitucional, porque tiene la amplitud necesaria para comprender desde los tratados internacionales hasta la reglamentación administrativa. En el derecho privado, en cambio, se pueden regular las fuentes desde el punto de vista de la decisión del juez, estableciendo, como se dijo, reglas para la decisión judicial.”*

cuenta reglas, principios y valores¹¹⁶.

Las reglas sobre fuentes e interpretación se tienen que coordinar y valorar con otros microsistemas para una resolución razonada y fundada, exigencia también impuesta por el nuevo Código. La Comisión entiende que de la coordinación y valoración de la ley – como fuente principal pero no exclusiva- con otros principios y valores surge una resolución más justa para cada caso en particular.

En el punto específico de los “*Fundamentos...*” dedicado a las fuentes la Comisión expuso que “*Los casos deben ser resueltos conforme a un sistema de fuentes*”. Remarcan una preocupación por magistrados que en sus sentencias no aplican la ley y tampoco declaran su inconstitucionalidad, que sería la forma para que ello sea posible. Si bien dejan abierta la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma, la consideran como la última herramienta o la *ultima ratio*, y recomiendan que el operador de justicia esté por su validez. La Comisión entiende- al igual que la C.S.J.N. - que no es necesario decretar la inconstitucionalidad de una norma si de su interpretación pueden lograrse dos sentidos y uno de ellos sea constitucionalmente válido.

Así el nuevo Código le otorga la posibilidad al juez de buscar y utilizar las fuentes disponibles en todo el sistema jurídico, para que de forma coherente y coordinada pueda fundar su sentencia, logrando una solución justa y plural para la controversia.

Por otro lado, la Comisión retomó la cuestión vinculada al diálogo de fuentes en el análisis del método elegido para legislar sobre los Contratos de Consumo. Sobre este punto menciona en forma expresa que “*d.- En el campo de la interpretación, se establece un “diálogo de fuentes” de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor.*”

De esta manera, el Código Civil y Comercial constituye un piso de “protección mínima” a los consumidores que debe complementarse con lo establecido en las normas especiales aplicables a la materia (leyes sobre medicina prepaga, tarjetas de crédito, seguros, etc.).

¹¹⁶ ESBORRAZ, David F; “*La referencia a los principios y valores jurídicos en el Código Civil y Comercial*”, recuperado de: <http://www.nuevocodigocivil.com/la-referencia-a-los-principios-y-valores-juridicos-en-el-codigo-civil-y-comercial-por-david-esborraz/> (Disponible al 17/07/2016)

VI. EL DIÁLOGO DE FUENTES Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Una de las principales consecuencias de la constitucionalización del derecho privado y de la existencia de un Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación es el amplio abanico de normas que se encuentran disponibles y podrían resultar aplicables a la resolución de un conflicto. Por lo tanto, una herramienta como el “diálogo de fuentes” se transforma en una opción para que el intérprete solucione las posibles antinomias entre aquéllas.

Ello está previsto en el artículo 1° del Código Civil y Comercial que enumera las fuentes del derecho y dispone: “... *Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho*”.

Las fuentes reguladas son la ley, los usos, prácticas y costumbres. En palabras del Dr. Ricardo Lorenzetti se ha entendido a las fuentes como: “... *criterios a los que se recurre en el proceso de creación normativo en búsqueda de objetividad. Estas se dividen en fuentes formales, que resultan obligatorias conforme a una norma de reconocimiento. Dentro de estas encontramos: a) la ley caracterizada por su carácter general y obligatorio; b) la costumbre; c) la jurisprudencia obligatoria; d) las decisiones de tribunales internacionales y organismos creados por tratados internacionales en los supuestos previstos por la Constitución.*”¹¹⁷ Luego, el autor agrega que “...*las fuentes materiales son las que carecen de obligatoriedad, pero son importantes porque fijan el contenido del Derecho, y son tales la doctrina y la jurisprudencia no obligatoria.*”¹¹⁸

¹¹⁷ LORENZETTI, Ricardo; *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*; Tomo I; Pág 28.

¹¹⁸ LORENZETTI, Ricardo; *op. cit*; pag 29.

Sin embargo, de la lectura del Anteproyecto del Código Civil y Comercial surge la clara preeminencia de la ley. Los miembros de la comisión redactora reiteran, de manera incansable, que es la principal fuente del derecho y exhortan a los jueces a que funden sus sentencias en ella¹¹⁹.

El artículo siguiente, referido a la interpretación de la ley, advierte que hay un nuevo método de interpretación de las normas, con lo cual se entiende que dejamos atrás otro¹²⁰. Así, el artículo 2 dispone: “...*Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.*”

La primera impresión que tenemos es que el Código Civil y Comercial ve al Derecho de manera holística, como un todo, un gran conjunto, lo que implicaría alejarnos de la idea tradicional que lo concibe a partir de variadas ramas que conforman “compartimentos estancos”. Entendemos que existe una orden dirigida al intérprete por parte del legislador de armonizar la vasta cantidad de leyes, reglas, principios, doctrina y costumbres existentes y el diálogo de las fuentes es el mecanismo previsto para llevarla a cabo. Sin embargo, ese diálogo no es exclusivamente jurídico ya que frente a una sociedad compleja y dinámica es necesario que el derecho converse con otras disciplinas. No podemos dejar de lado que el Derecho se relaciona con determinadas ciencias, ya que muchas reformas legislativas se deben a los avances de estas (la medicina podría ser un ejemplo de ello).¹²¹

Entonces, de la lectura de los primeros artículos inferimos que el método de interpretación que implementa el nuevo Código se caracteriza por la admisión de una pluralidad de fuentes dentro del sistema jurídico que como vimos no se limitan a la ley en sentido estricto, sino que incorporan otras.¹²² Ello también puede considerarse como una forma de dar una respuesta a las situaciones complejas que se presentan en nuestra área de conocimiento ya que el Derecho debe poder estar a la altura de las circunstancias y ser una eficaz herramienta para intentar solucionar los problemas que conlleva inherentemente el

¹¹⁹ www.nuevocodigocivil.com

¹²⁰ LORENZETTI, Ricardo; op. cit; pag. 26: “...El gran cambio respecto del sistema anterior consiste en que se admite una pluralidad de fuentes, incluyendo no solo la Ley, sino todo el Derecho. Dentro de ello se destaca la Constitución y los tratados internacionales que permiten concretar la constitucionalización del derecho privado.”

¹²¹ Por ejemplo, la filiación por técnicas de reproducción humana asistida.

¹²² LORENZETTI, Ricardo L; op. cit; pág. 29.

vivir en sociedad.

VII. DIÁLOGO ENTRE EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y EL SISTEMA PROTECTORIO DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: SUS PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN.

Para hacer un análisis de las normas en materia de consumidores y usuarios nos referiremos a su postulado principal: el artículo 42 de la Constitución Nacional que profundizó la tutela de aquellos sujetos al consagrar en su texto que: *"los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno"*. De este modo, la Constitución Nacional otorgó jerarquía superior a las leyes al principio protectorio del usuario o consumidor¹²³.

Este artículo, sin lugar a dudas, acompaña a la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, sancionada un año antes. Sin embargo, no menos importante es tener presente que las leyes 22.802 de Lealtad Comercial (1983) y 25.156 de Defensa de la Competencia (1999) completan el tríptico de normas que tienden a proteger al consumidor o usuario, el libre mercado y la libertad de competencia dentro de él.

Más allá de que nos estamos refiriendo a leyes sancionadas por el legislador, que fijan reglas determinadas para la protección de los consumidores y usuarios, no podemos dejar de lado las palabras de Claudia Lima Marques a las que hicimos mención. Existe la posibilidad en el nuevo escenario de hablar de la preeminencia de los principios y valores constitucionales en lugar de la jerarquía de sus normas.

En consecuencia, en un caso determinado, el operador jurídico podría guiar su análisis e interpretación de las posibles normas en conflicto a la luz de principios y valores

¹²³ C. Civ. y Com. Rosario, sala 3ª, "*MORICONI, Marcelo y otra v. Banco Argencoop Ltd.*", 28/2/1997, LL 1999-B-271 y ss. citado por HERNANDEZ Carlos y FRUSTAGLI, Sandra en *A diez años de la ley de defensa del consumidor. Panorama jurisprudencia*", JURISPRUDENCIA ARGENTINA-LEXIS NEXIS 2003-IV-1541, Recuperado de <http://www.infojus.gob.ar/carlos-hernandez-diez-anos-ley-defensa-consumidor-panorama-jurisprudencial-dasf070020/123456789-0abc-defg0200-70fsanirtcod> (Disponible al 17/07/2016).

constitucionales, como así también realizar un diálogo de fuentes dentro del sistema de consumidores¹²⁴ y fuera de él¹²⁵.

Si debiéramos fijar un orden de prelación entre los principios que surgen del Derecho de los Consumidores, sólo resaltaríamos la libertad de elección expresamente consagrada en el Art. 42. Ahora bien, si analizamos el contexto en el que fue introducido este Artículo, podremos apreciar que el artículo viene a receptor todos los principios de la Ley de Defensa del Consumidor, la Ley de Lealtad Comercial y posteriormente a esta batería de medidas se le sumó en consonancia la ley de Defensa de la Competencia.

El principio fundamental creo que debería ser el principio protectorio del usuario o consumidor. Y de este derivan el *in dubio pro* consumidor, y el trato digno.

La más significativa en lo que hace a la recepción expresa de principios es la Ley 24.240, cuyo Artículo 3 expresa "...En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor...". Es el texto de la ley que nos está dando la primera pauta de interpretación a la hora de tratar el derecho de las relaciones de consumo: el principio *in dubio pro consumidor*.

Principio de buena fe: Es un principio fundamental del derecho en general y de los contratos en particular, que debe aplicarse en todas las etapas del contrato, desde las tratativas previas, responsabilidad precontractual, durante su ejecución y, también a sus consecuencias/efectos responsabilidad post contractual.

Está muy relacionado con el fin ético y social del contrato y con los móviles de conducta, más allá de la realización económica que las partes persigan. Se refiere a la exigencia social de conducta, ajustada a deberes de cooperación, prudencia y diligencia. Y, de alguna manera está emparentado con el principio protectorio de raigambre constitucional.

Todo el ordenamiento jurídico debe interpretarse de buena fe, pudiendo y debiendo utilizarse, a falta de norma específica para resolver cualquier litigio planteado, confluyendo con otras ideas complementarias como la equidad y el ejercicio regular de los derechos.

¹²⁴ Ley 24.240 y Título III del Libro III del Código Civil y Comercial –contratos de consumo.

¹²⁵ Por ejemplo: principio de buena fe del Código Civil y Comercial, ley 22.802-lealtad comercial, ley 25.156 –defensa de la competencia-, ley 25.065 –tarjetas de crédito-, ley 26.529 –derecho de los pacientes, entre otras.

Principio de solidaridad o de socialidad: Siguiendo al principio de buena fe, y todo lo que esta institución del derecho conlleva, en el derecho contemporáneo, ocurre que el contrato de consumo no es un asunto exclusivamente individual sino que ha pasado a ser una institución social. Interesa al Estado, como representante de la sociedad civil, que haya buenos contratantes, que obren bien, y ello configura un nuevo espíritu contractual que puede denominarse “principio de solidaridad” o “de socialidad”.

VIII. DESAFÍOS PARA LOS OPERADORES DE LA JUSTICIA

En los puntos anteriores hemos desarrollado de manera breve dos cuestiones esenciales del Código Civil y Comercial de la Nación: la constitucionalización del derecho privado y el “diálogo de fuentes”. Estos dos tópicos si bien pueden resultar meramente técnico jurídico, engloban algo mucho más trascendental que es la regulación de toda la vida de una persona¹²⁶. El Código Civil y Comercial trae disposiciones que se aplican desde el comienzo de la vida, el final y lo posterior. Al respecto se ha dicho que “...*la codificación del derecho privado de una comunidad es más que una cuestión técnica: implicada una propuesta de fuerte impacto en la vida cultural, política, social y económica de sus destinatarios, a la que muchas veces se ha caracterizado como ‘las bases de un proyecto de país’*”¹²⁷

En este escenario, se requiere por parte de los operadores de justicia un activismo judicial que en principio era ajeno al derecho privado¹²⁸. Cuando comenzamos a estudiar el “diálogo de fuentes” nos preguntamos acerca de los destinatarios de esta nueva herramienta de interpretación, es decir, quienes serán los que tendrán la tarea de aplicarla. La respuesta fue clara: todos. Jueces, defensores, asesores, fiscales, secretarios, auxiliares, entre otros tienen un desafío muy importante por delante: no ignorar ni dejar de lado

¹²⁶ SOLARI, Gioele; *Filosofía del Derecho privado*; Buenos Aires; Depalma, 1946/50; pág. 78: “La Codificación significa mucho más que la unificación formal del derecho privado: es la expresión positiva de un sistema filosófico, y durante el siglo XVIII fue la realización de la idea individual en el campo de las relaciones civiles”

¹²⁷ CHAUMET, Mario – MEROI, Andrea;” *Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado: ¿será en definitiva el derecho solo el juego de los jueces?*”.

¹²⁸ CHAUMET, Mario – MEROI, Andrea; op.cit: “Toca recordar que los operadores jurídicos continentales (entre ellos los jueces) fueron formados desde un sistema codificado de reglas y ahora se ven obligados a operar desde una creciente causística judicial orientada según principios. Ello es una fuente constante de perplejidades, especialmente cuando se toman decisiones desde los principios, pero utilizándolos como si fueran reglas”

normas o principios que logren colaborar con la elaboración de una solución “razonablemente fundada”.

El Código, entre las muchas novedades que trae, le impone al Juez un rol que antes no tenía y además le impone una guía para decidir en un sistema de fuentes complejo¹²⁹. Lo llama a estar activo durante el proceso y no ser “un convidado de piedra”¹³⁰. Pensamos que esta manda no sólo se aplica a los jueces sino a todos los magistrados que van a intervenir en la resolución de un caso.

Para el desarrollo de este punto, nos gustaría traer a colación un texto interesante que ineludiblemente relacionamos con él: “*Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*” del autor belga Fracois Ost¹³¹. Mediante estas metáforas describe tres modelos de juez y luego es tarea futura para nosotros elegir cual es el que necesitamos.

Se describe al juez Júpiter como aquel que responde al modelo de la pirámide o de un código. Es decir el derecho siempre se ofrece desde arriba y adopta la forma de ley. Se corresponde con el modelo clásico jurídico, el derecho codificado y se reduce a una obra única en forma jerárquica y piramidal. Desde el código o desde las constituciones modernas deriva el resto del derecho en forma de decisiones particulares.

En este caso, si buscamos el fundamento de la validez de una norma se encontrará desde una norma inferior a la superior hasta llegar a la fundamental y esta es la que habilita la autoridad de crear derecho válido. Ahora bien, sabemos que esta norma fundamental se basa en una ficción que intenta concentrar en un solo cuerpo jurídico todas las normas aplicables al caso. Así, el autor sostiene que “*Suponer la norma fundamental significa suponer; igualmente, la existencia de una “autoridad imaginaria” que “quiere” esa norma. Esto es, sin duda, una ficción, pero una ficción necesaria para la validación*

¹²⁹ CHAUMET, Mario – MEROI, Andrea; op. Cit: “...el proyecto de recodificación asimila el avance constitucional que procura orientar de modo creciente al resto de la juridicidad, penetrando directamente en espacios donde antes debía mediar la legislación. El proceso de codificación era más legal; la recodificación argentina está constitucionalizada y acrecienta el papel de los jueces en la producción de derecho privado. De allí que los redactores del anteproyecto sostengan la necesidad de guías para la decisión”

¹³⁰ RABBI-BALDI, CABANILLAS, Renato; “*Consideraciones filosoficas – juridicas en torno del Título preliminar del proyecto de código Civil y Comercial 2012*”; *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*; Abeledo Perrot; 2012; págs. 38 y sstes.

¹³¹ OST, Fracois; *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. Recuperado de: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf

*positivista de los órdenes jurídicos en vigor*¹³²

El sistema del juez Júpiter tiene cuatro características: existe en primer lugar lo que el autor llama “*monismo jurídico*”, lo que no es más que evitar la dispersión de focos del derecho, el material se reúne en forma de ley y se aglutina en los códigos y brinda sistematicidad y autoridad.

Por otro lado, el autor sostiene que existe en este modelo un “*monismo político*” o soberanía estatal, que responde a un proceso de centralización jurídica y refuerza la identificación nacional: a los múltiples casos sectoriales se los reemplaza por una sola voluntad.

Las últimas características mencionadas refieren a una racionalidad deductiva – lineal ya que las soluciones particulares son deducidas de reglas generales; por último concibe la idea del tiempo dirigida a un futuro controlado: descansa sobre la idea del progreso.

El autor explica que este modelo de juez se vio abatido por la complejidad existente ya que no puede brindar respuestas a todos los casos. De esta crisis y en antagonismo surgió el juez Hércules.

Hércules es revolucionario: asigna al juez como fuente única del derecho válido. Sería la especie de una pirámide invertida, donde se revaloriza en extremo la figura de un juez que lo puede todo. En palabras del propio autor: “... *mantendremos aquí el nombre de Hércules, particularmente acertado para asignar a ese juez semidiós que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar al mundo sobre sus brazos extendidos, reproduciendo así fielmente la imagen del embudo*”¹³³

Para este modelo no hay más derecho que el jurisprudencial, es la decisión del juez que actúa como embudo la que crea autoridad. Este modelo responde al estado asistencial y el juez Hércules viene a saldar la deuda del liberalismo económico: “*Hércules está presente en todos los frentes, decide e incluso aplica normas como lo hacía su predecesor que se amparaba en la sombra del código; pero también lleva a cabo otros trabajos. En el precontencioso aconseja, orienta, previene; en el poscontencioso sigue la evolución del dossier, adapta sus decisiones al grado de circunstancias y necesidades, controla la*

¹³² OST, Francois; op. cit; pág. 106.

¹³³ OST, Francois; op. cit; pág. 102.

aplicación de las penas. El juez jupiterino era un hombre de ley; respecto a él, Hércules se desdobla en ingeniero social.”¹³⁴ No concibe al derecho como un “*deber ser*” sino un fenómeno fáctico complejo formado por comportamientos de los poderes de justicia. La efectividad (hecho) es condición suficiente para la validez, así el derecho se reduce al hecho.

En este modelo se dan las características contrapuestas al primero: hay una proliferación de decisiones particulares y de la generalidad se pasa a la singularidad y a lo concreto del juicio, se ocasiona una dispersión de autoridad, y conlleva una racionalidad inductiva e implica tiempo discontinuo.

Hércules y Júpiter representan los dos polos del imaginario jurídico: “*¿Hay un desprendimiento, por lo tanto, de los modelos clásicos? Puede dudarse. ¿No se apunta siempre a reconstruir la unidad ideal del Derecho en un foco único y supremo, garante de toda racionalidad? El juez jupiterino razonaría postulando la racionalidad del legislador; el Hércules de Dworkin postularía la unidad del Derecho, de la cual se hace a sí mismo paladín. ¿Es esta realmente la diferencia? ¿No es tiempo de pensar la complejidad del Derecho a partir de ella misma, y no como enmienda y complicación de los modelos simples? ¿No es tiempo de pensar el Derecho como circulación incesante de sentido, más que como discurso de la verdad? ¿No es tiempo de advertir la pluralidad y diversidad de los actores que juegan sobre la escena jurídica y contribuyen, cada uno a su manera, a “aplicar el Derecho”?*”¹³⁵

En opinión del autor, hoy en día tenemos una mezcla de estos dos modelos, sin embargo pesa sobre nosotros adoptar o crear uno que supere la complejidad a la cual nos enfrentamos, ya que los dos anteriores se encuentran en crisis. A partir de aquí, nos propone al juez Hermes, mensajero de los Dioses.

Hermes es un personaje que está siempre en movimiento, ocupa el vacío que dejan las cosas, asegura el tránsito de una a las otras, participa y propone intercambios, supera travesías desconocidas y su ley es la circulación de los discursos. Presenta al derecho no ya como pirámide, sino como red, en la que se mueve y en la que encuentra puntos de interrelación: “*Un campo jurídico que se analiza como una combinación infinita de*

¹³⁴ OST, Francois; op. cit; pág. 110.

¹³⁵ OST, Francois; op. cit; pág. 114.

poderes, tan pronto separados como confundidos, a menudo intercambiables; una multiplicación de los actores, una diversificación de los roles, una inversión de las réplicas”¹³⁶

La información ya no está en un código, sino que se expresa bajo la forma de banco de datos. Es en la circulación de sentido donde hay que centrarse. En palabras del autor: “*El Derecho posmoderno, o Derecho de Hermes, es una estructura de red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables, tal como puede serlo un banco de datos.*”¹³⁷ Afirma que como signo lingüístico el derecho pide ser interpretado, toda vez que los sujetos de derecho reconstruyen el mensaje que se les dirige y lo ponen en práctica, lo que lo convierte en algo inacabado y siempre relanzado.

Los indicios que trae este modelo son por un lado la multiplicidad de actores: “*Se habla mucho, y con razón, del juez. Pero no habría que minimizar la intervención del legislador quien, más que nunca, “se despliega en normas”. Incluso la técnica tradicional de la codificación, que se creía abandonada, está de nuevo de moda.*”¹³⁸ Por otro lado, la justicia se confunde con otros poderes, es decir cada vez hay más injerencia de agrupaciones sociales o mismo se amplían las responsabilidades del poder público.

Por ultimo, existe lo que el autor denomina “multiplicidad de niveles de poder”. El poder debe negociar con instancias regionales y locales, existe transferencia de soberanía a organismos internacionales.

Estos tres modelos que nos presenta Francois Ost en su interesante texto nos representó una invitación a pensar o re-pensar qué rol, características, significado le damos a la tarea del juez y mismo, como justiciables, qué es lo que esperamos de ellos y si acaso no deberían rendir cuenta de sus decisiones. Es decir ¿Qué modelo de juez requiere el Código Civil y Comercial? ¿Júpiter, Hércules, Hermes, otro?

Se sostuvo que “*...Con diversas valoraciones, muchas voces describen el impacto que tiene el hecho que la propia ley sea la que irradie el protagonismo de la adjudicación judicial en toda la vida privada, sobre la base de una normatividad indeterminada y*

¹³⁶ OST, Francois; op. cit; pág. 104.

¹³⁷ OST, Francois; op. cit; pág. 104.

¹³⁸ OST, Francois; op. cit; pág. 117.

constitucionalizada. Hay quienes sostienen que el 'judicialismo gobierna toda la estructura del proyecto'”¹³⁹ De este modo, dada la función trascendental que va a tener el magistrado con la reforma del código, entendemos que tenemos un desafío importante como sociedad, más aún en el tema que nos convoca que es la defensa de los derechos de los consumidores.

Sin embargo, creemos que si bien el dialogo de fuentes es una herramienta útil, no podemos dejar de observar que si se le da un uso inapropiado, podría ampliar de manera inconmensurable el poder de los jueces, que serán, al final de cuentas, los que apliquen este método.

¹³⁹CHAUMET, Mario – MEROI, Andrea; op. Cit.

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR ANTE EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.-

POR: SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI E IVÁN VLADIMIR PACEVICIUS

I. INTRODUCCIÓN.

La problemática relativa al ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor es, sin duda, es una de los aspectos claves respecto a la delimitación del Derecho del Consumidor. A lo largo del tiempo ha sufrido importantes transformaciones, tanto en nuestro ámbito como en el derecho comparado y no ha estado exenta de polémicas, visiones encontradas y controversias doctrinarias y jurisprudenciales.

En el derecho argentino, dicho ámbito de aplicación está delimitado por una idea-fuerza: la relación de consumo. El nuevo Código Civil y Comercial ha producido modificaciones en dicho ámbito, pero, como veremos, no ha cambiado los sujetos alcanzados. Como observaremos tenemos una doble regulación: en el Código Civil y Comercial y en la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC), por lo que es un presupuesto para su aplicación realizar un adecuado “diálogo de fuentes” en la labor hermenéutica.

A lo largo de este capítulo intentaremos abordar el impacto que el Código Civil y Comercial ha producido en la caracterización de la relación de consumo, los sujetos intervinientes, equiparados y excluidos y sus cuestiones conexas y cómo juega en su delimitación del “diálogo de fuentes” y los principios del Derecho del Consumidor.

II. LA RELACIÓN DE CONSUMO: SU CONCEPTUALIZACIÓN Y ALCANCES.

Como sostuvimos anteriormente la “relación de consumo” es eje central sobre el cual gira el sistema de protección a los consumidores y usuarios.

Dicha categoría jurídica es patrimonio del derecho iberoamericano. La mayoría de las legislaciones europeas y estadounidenses, y aquellas que han sido influenciadas por ellas en Asia, África y Oceanía, delimitan, con diferentes contornos, la aplicación del Derecho del Consumidor a partir del concepto de “consumidor”. En nuestro país, al igual que en Brasil, Portugal, Perú, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Uruguay ¹⁴⁰ se centra la aplicación del marco tuitivo de los consumidores en la “relación jurídica de consumo” o “relaciones de consumo”. Nótese también que esta perspectiva ha tenido influencias también fuera del ámbito geográfico iberoamericano, en los países afro-lusófonos, ya que Angola, Mozambique y Cabo Verde, también adoptan dicha categoría.

Argentina, que no lo había prescripto en la redacción original de la LDC de 1993 incorporó la noción de “relación de consumo” tras la reforma constitucional de 1.994, que incorporó en su artículo 42 los derechos de los consumidores y usuarios. De esta manera se erigió en el derecho argentino la categoría "relación de consumo" como el eje sobre el cual gira el Derecho del Consumidor. Con la sanción de la Ley N° 26.361 se compatibilizó el texto de la LDC a la terminología de nuestra Constitución Nacional incorporándose expresamente la noción de “relación de consumo”. Así, el artículo 3 de la Ley N° 24.240, modificado por la Ley N° 26.361, define a la relación de consumo como el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Esa misma definición adoptó el Código Civil y Comercial en el artículo 1.092. Existe aquí entonces plena compatibilidad entre ambas normativas.

A esta escueta definición legal podemos complementarla con las caracterizaciones que le ha dado ampliamente la doctrina y jurisprudencia, entendiéndola como *“todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios*

¹⁴⁰ En España y en Chile, si bien no hay referencia normativa expresa a la “relación de consumo” la normativa refiere a las “relaciones” entre consumidores y proveedores o empresarios.

para destino final de consumidores y usuarios”;¹⁴¹ que “comprende todas las etapas, circunstancias y actividades destinadas a colocar en el mercado bienes y servicios para ser adquiridos por los consumidores y usuarios, existiendo en esta relación, desde su inicio un acto voluntario –cuando el bien se produce, fabrica o elabora-, cuyo objetivo comercial -indiscutida intención de todos los que desempeñan esta actividad-, es llegar a los consumidores en forma directa o indirecta, incluyendo en ésta la promoción del producto, siendo responsables todos los que intervienen en la relación de consumo, ante los consumidores y usuarios por la protección de su salud, seguridad e intereses económicos”.¹⁴² Insiste la doctrina que la relación de consumo debe definirse de modo que abarque todas las situaciones en que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar; cuando es dañado por un ilícito extracontractual, o cuando es sometido a una práctica del mercado; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente. Siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del derecho del consumidor, debe comprender por tanto todas las situaciones posibles.¹⁴³

Toda relación puede ser caracterizada como de consumo; habrá relación de consumo siempre que se pueda identificar en los dos polos de la relación a un consumidor y en el otro, a un proveedor, ambos transaccionando bienes y servicios¹⁴⁴.

Desde esta perspectiva, la relación de consumo no se refiere sólo las relaciones contractuales en sentido estricto (las partes del contrato, sus sucesores universales y singulares, las estipulaciones a favor de terceros, etc.), sino comprende también a las etapas precontractual¹⁴⁵ y poscontractual¹⁴⁶, a vínculos no contractuales de derecho público y privado, actos unilaterales del proveedor, a situaciones que clásicamente era inscriptas dentro de la órbita extracontractual o incluso al simple “contacto social”, ofreciendo de esta manera un espectro de protección más amplio que el contrato, siendo éste sólo una

¹⁴¹ Conf. FARINA, Juan M.; *Defensa del consumidor y del usuario*, Ed. Astrea, Bs. As., 1995, pág. 7, y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “F”, “*Greco, Gabriel c/Camino del Atlántico S.A. y otro s/daños y perjuicios*” y “*Borneo, Mario Blas Andrés c/Camino del Atlántico S.A. s/cobro de sumas de dinero*”, votos de la Dra. Highton de Nolasco.

¹⁴² conf. RINESSI, Antonio J., *Relación de Consumo y Derechos del Consumidor*, Astrea, Bs. As., 2006, pág. 13.

¹⁴³ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 74

¹⁴⁴ NUNES, Rizzato, *Curso de Direito do Consumidor*, Saraiva, San Pablo (Brasil), 2009, 4º edición, p. 71.

¹⁴⁵ Sobre este punto ver: LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P., “*Responsabilidad precontractual*”; *aportes para su estudio*, en La Ley 1998-D, 1229.

¹⁴⁶ Sobre este punto ver: LEIVA FERNANDEZ, Luis F.P., “*La responsabilidad postcontractual*”, La Ley 19.07.2002 y LOPEZ MESA, Marcelo J., “*La responsabilidad postcontractual*”, www.eldial.com

especie del género “relación de consumo”. Esta parece ser la interpretación más ajustada a la luz del principio protectorio.

El nuevo Código también ha caracterizado a una de las especies más importantes de la relación de consumo: el contrato de consumo. Así, el artículo 1093 del CCC lo ha conceptualizado como “el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”.

Se desprende, por tanto, que los consumidores serán los depositarios del plexo de derechos en el marco de protección del sistema y los proveedores, junto al Estado, los sujetos obligados.

III. SUJETOS PROTEGIDOS: LOS CONSUMIDORES.

El concepto de consumidor, construido a partir del su reconocimiento como sujeto vulnerable -presunción esta *iure et de iure* -que merece la protección del ordenamiento jurídico positivo y del Estado, ha puesto en jaque los dogmas de la teoría clásica del contrato, que partían de la concepción del mismo como el instrumento por excelencia de intercambio de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades humanas, en el que sujetos económicamente iguales, con un poder de negociación similar, pactaban en igualdad de condiciones, logrando un equilibrio, un contrato en un plano de justicia, buscando en paridad un intercambio razonable.¹⁴⁷ Y ello tiene sustento en que las condiciones en que el legislador decimonónico concibió a los sujetos co-contratantes han variado significativamente merced a las transformaciones políticas, económicas, socioculturales y tecnológicas por las que han atravesado y atraviesan nuestras sociedades, sumado a la visibilización de reivindicaciones de diferentes grupos, como el movimiento

¹⁴⁷ Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis, *Defensa del consumidor, ley 24.240*, Rubinzal Culzoni, 1ª ed. Santa Fe. 1993, p. 21.

consumerista y ambiental, que han puesto de relieve que el consumo tiene pleno impacto en los tres subsistemas que conforman el ambiente (ecológico, económico y social).¹⁴⁸

En tal sentido, resulta oportuno tener presente que la categoría jurídica de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad, y b) el destino final de los bienes incorporados, para beneficio propio o de su grupo familiar o social. Dichos elementos justifican la especial tutela protectoria que le confiere el ordenamiento jurídico argentino.¹⁴⁹

La Ley N° 26.994 que aprobó el nuevo CCC, incorporan en su art. 1.092 el concepto de consumidor; también en su anexo de derogaciones y modificaciones sustituyó el art. 1 de la LDC, texto según Ley N° 26.361, disponiendo similar texto al nuevo art. 1.092 CCC. Asimismo el artículo 1.096 “reubicó” el concepto de “sujetos expuestos a la relación de consumo”. Teniendo en cuenta esta “doble regulación”, corresponde analizar la delimitación de los sujetos protegidos en clave de “diálogo de fuentes”, a la luz de los principios del Derecho del Consumidor.

El concepto de consumidor continúa comprendiendo tres supuestos: el “consumidor directo”, el “consumidor indirecto” y el “consumidor expuesto”.

Analizaremos a continuación cada uno de estos supuestos.

1. Consumidor directo.

El concepto de consumidor directo no ha sufrido modificaciones con la sanción del nuevo Código. Se encuentra definido como señaláramos en de manera análoga tanto en la LDC como en el CCC.

El artículo 1.092 del CCC lo conceptualiza como “persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”. El artículo 1° de la LDC, por su parte, lo

¹⁴⁸ PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, *Los derechos de la sustentabilidad. Desarrollo, consumo y ambiente*. Colihue Universidad, 2007, Bs. As., p. 13.

¹⁴⁹ Conf. Despacho de la Comisión de Consumidor de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en http://ideconsultora.com.ar/bderechocivil2011/conclusiones2011/CONCLUSIONES_COMISION_8.pdf

caracteriza como “*toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social*”.

De dichos artículos surge, en consecuencia que son considerados consumidores:

a) Tanto las personas humanas como jurídicas. En este sentido, nuestra legislación comprende dentro de la noción de consumidores tanto a las personas humanas -como las llama el CCC -como a personas jurídicas, en tanto cumplan con el resto de los requisitos (que lo hagan como destinatarios finales, para beneficio propio o de su grupo familiar o social). En cuanto a las personas humanas, la ley no hace distingo entre personas por su poder económico, conocimiento técnico o realidad sociocultural, sin encontrarse expresada, como en algunas legislaciones comparadas, la categoría de consumidor hipervulnerable¹⁵⁰. Asimismo, pueden encuadrarse dentro de la noción de consumidores, además de las personas humanas, las personas jurídicas no lucrativas: los consorcio de propiedad horizontal, las asociaciones civiles y fundaciones, sindicatos, confesiones religiosas y en general organizaciones sin fines de lucro que adquieran o utilicen bienes o servicios para beneficio de sus socios o adherentes o de las actividades por ellos desarrolladas (v. gr. materiales para el mantenimiento de sus entidades, alimentos para comedores infantiles, insumos para el desarrollo de actividades deportivas, artísticas, culturales o de beneficencia, elementos para el culto religioso, productos o paquetes de servicios adquiridos mediante convenios, etc.), cuando no constituya una actividad comercial. Creemos que esta es la interpretación más acertada ya que en estos casos la persona jurídica es un medio para la satisfacción de necesidades privadas, personales de los

¹⁵⁰ La noción de consumidor *hipervulnerable* no se encuentra expresamente consagrada en nuestro derecho positivo pero si ha sido acogida por la doctrina y jurisprudencia. Podría sostenerse que encuentra una mención tangencial, tras la reforma de la Ley N° 26.361, en el artículo 60 de la LDC, referida a los planes de educación al consumidor, en el que se establece que deberá garantizarse “*la implementación de programas destinados a aquellos consumidores y usuarios que se encuentren en situación desventajosa, tanto en zonas rurales como urbanas.*” En las conclusiones de la Comisión de Consumidor de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se estableció que “*Tratándose de consumidores especialmente vulnerables, en razón de concretas condiciones personales tales como la minoridad, la ancianidad, la pobreza o la marginalidad, entre otras, debería acentuarse el principio protectorio.*” (http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/conclusiones2011/CONCLUSIONES_COMISION_8.pdf). Sobre el concepto de consumidores hipervulnerables, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián, “Los consumidores hipervulnerables como colectivos de especial protección por el Derecho del Consumidor, en STIGLITZ, Gabriel A. - Alvarez Larrondo, Federico M. , Derecho del consumidor, *Problemática general del régimen de defensa del consumidor*, Hammurabi, Bs.As, 2013, p. 165 y BAROCELLI, Sergio Sebatsián, “Incumplimiento del trato digno y equitativo a consumidores hipervulnerables y daños punitivos: la Suprema Corte de Buenos Aires confirma su procedencia”, DJ 29/05/2013, 3.

consumidores, su familia o grupo de relación.

Entendemos que el nuevo Código ha contribuido más a desvanecer los argumentos de quienes propugnan la existencia de un supuesto “consumidor empresario”¹⁵¹, al prescribir expresamente en el artículo 1.093 que el destino de los bienes y servicios, para ser calificado como consumidor, tiene que ser no solo final, sino también privado. Asimismo el nuevo Código regula expresamente los contratos de adhesión, tanto entre dos empresas, como entre empresas y consumidores, en los artículos 984 y subsiguientes, estableciendo prescripciones especiales en materia de formalismo de protección, interpretación, cláusulas abusivas, entre otros. Por tanto, los argumentos de “pobreza” del ordenamiento jurídico para “estirar” la noción de consumidor, desnaturalizándola y comprendiendo estos supuestos carecen ya, desde nuestro punto de vista, de fundamentos. Como hemos sostenido en otras oportunidades, el Derecho del siglo XXI es el derecho de los vulnerables: pacientes, contribuyentes, migrantes, personas con discapacidad, consumidores, minorías, administrados, trabajadores, pequeñas y medianas empresas y un largo etcétera, encuentran en sus relaciones jurídicas y sociales asimetrías, debilidades y por qué no abusos. La noción de consumidor se construye desde la idea de debilidad y vulnerabilidad, pero no todos los débiles y vulnerables son consumidores. La vulnerabilidad es el género y los consumidores y usuarios una de sus especies. Pero no todos los vulnerables están convidados a la llevar la etiqueta de “consumidores”; sostener lo contrario sería, a nuestro humilde juicio, desnaturalizar la esencia del Derecho del Consumidor¹⁵²

b) Que adquieren o utilizan. Sostiene Ramsay en el derecho comparado que con el correr de las últimas dos décadas hubo un crecimiento de la “consumerización” de relaciones, con gran presión para mayor responsabilidad y por más exposición a fuerzas de mercado. Tal tendencia ha representado también un desafío al mantenimiento de grados elevados de profesionalismo en la prestación de esos servicios. Estos desarrollos reflejan la creciente impersonalidad de las relaciones y el deterioro del profesionalismo.”¹⁵³ Al haberse

¹⁵¹ Para profundizar sobre este punto, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián y ARIAS CÁU, Esteban J., “Necesaria acreditación de una relación de consumo para los daños punitivos”, LA LEY 05/09/2014, 4.

¹⁵² BAROCELLI, Sergio Sebastián, “El concepto de consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”, <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/08/El-concepto-de-consumidor-en-el-nuevo-CCyC-por-Barocelli1.pdf>

¹⁵³ RAMSEY, Ianin, *Consumer Protection Text and Materials*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1989, p. 11 citado por PORTO MACEDO, Rolando Jr. “Contratos relacionales y defensa del consumidor”, LA LEY, BS. AS., 2006, p. 169

eliminado el sistema de *numerus clausus* que establecía el sistema anterior (adquisición o locación de cosas muebles, prestación de servicios, adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda), la extensión de los tipos contractuales a los que es aplicable hoy día el régimen del consumidor permite afirmar que las normas del derecho del consumidor se han “ramificado” por la gran mayoría de los contratos típicos civiles y comerciales y en innumerables contratos atípicos legales o con tipicidad social¹⁵⁴. También incluye al cesionario de una relación contractual y al tercero beneficiario de una estipulación a favor de terceros. Por otra parte, como señaláramos anteriormente, incluye también a relaciones jurídicas en las que la fuente no es un contrato, tanto de derecho público (adjudicación de viviendas, microcréditos, bienes o servicios otorgados por entes gubernamentales, usuarios de rutas, etc.) como de derecho privado. También el nuevo Código en las nuevas formas de multipropiedad hace referencia expresa a la aplicación del régimen protectorio, al regular el tiempo compartido (artículo 2100 CCC) y los cementerios privados (artículo 2111).

c) Bienes o servicios. Conforme lo señalado anteriormente, el objeto de las relaciones de consumo puede comprender infinidad de bienes o servicios, sin limitaciones, como sí tenía la redacción original de la LDC, comprendiendo así cosas muebles como inmuebles, tanto nuevas como usadas, bienes inmateriales y servicios en sentido amplio –no sólo la figura del contrato de servicios del Código Civil y Comercial, sino que incluye también los contratos de bra, transporte, estacionamiento y/o garaje, depósito, hospedaje, mandato, concesiones viales, servicios turísticos, financieros, bancarios, de seguros, de previsión, comunicaciones (telefonía, transmisión de datos, Internet, postales y mensajería, etc.), de comunicación audiovisual por suscripción (televisión por cable, satelital, etc.), médico-asistenciales (por ej. medicina prepaga, asistencia al viajero, etc.), de esparcimiento, culturales y de ocio, educativos, gastronómicos, animación y/u organización de eventos (v. gr. planificación de bodas, servicios de *catering* o *lunch*), espectáculos públicos, sastrería y costura, peluquería, estética y belleza, fúnebres, custodia y seguridad privada, bancos de datos crediticios, servicios de cobranzas, juegos y apuestas, de reparación, mantenimiento,

¹⁵⁴ Nos referimos por "tipicidad social", a los contratos que si bien carecen de regulación legislativa, su frecuente reiteración lleva a que adquieran un "nombre" e incluso una "normativa", que no está incorporada en ley alguna, pero que surge de los usos y costumbres y llega a ser aceptada por la doctrina y la jurisprudencia. (Conf. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Contratos atípicos en la doctrina y jurisprudencia argentinas*, en *Doctrina de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, <http://www.acaderc.org.ar>)

acondicionamiento, limpieza o cualquier otro similar, servicios públicos domiciliarios y seguramente un largo etcétera –con las exclusiones de las prestaciones de profesionales liberales (artículo 2º, 2º párrafo LDC; salvo en las previsiones de la publicidad o cuando hagan publicidad, según las diferentes interpretaciones¹⁵⁵) y la aplicación supletoria al transporte aéreo (artículo 63 LDC).

d) En forma gratuita u onerosa. No se hace distingo entre relaciones jurídicas a título gratuito u oneroso. La redacción original de la LDC limitaba su aplicación a las operaciones a título oneroso, pero la extensión del régimen tuitivo del consumidor a los supuestos de relaciones jurídicas a título gratuito ya tenía como antecedente el Decreto Reglamentario N° 1798/94 que en su artículo 1º inciso a), ya contemplaba la aplicación de la LDC a sujetos que “*en función de una eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios (por ejemplo: muestras gratis).*” Dentro de la categoría oneroso comprendemos a aquellas relaciones en las que los consumidores acceden a la prestación a cambio de una contraprestación, generalmente una suma de dinero, pero también cuando el consumidor da otras contraprestaciones: cede derechos sobre su imagen, proporciona datos personales, etc. Entre los gratuitos, podemos enumerar v. gr. las muestras gratis de bienes de consumo, regalos, degustación de productos, pases gratuitos de transporte, entradas sin cargo para espectáculos públicos, promociones de uso sin cargo de determinados servicios, premios obtenidos en sorteos o concursos o por sistemas de fidelización de clientes (“millajes”, acumulación de puntos, etc.), atracciones de centros comerciales o determinados supuestos de comodato¹⁵⁶, sean estos de manera autónoma como accesorios de una prestación principal. En todos estos casos, detrás de dicha aparente “gratuidad” se encuentran generalmente estrategias de *marketing* destinadas a atraer o mantener el caudal de clientes por parte de los proveedores de bienes y servicios.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Conf. WAJNTRAUB, Javier H., “*La noción de consumidor tras la Reforma de la ley 24.240*”, Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 153.

¹⁵⁶ Sobre este punto ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián, “*El comodato y el régimen de defensa del consumidor*”, Doctrina Judicial. 19/08/2009.

¹⁵⁷ Conf. SANTARELLI, Fulvio G., “*Hacia el fin de un concepto único de consumidor*”, LA LEY, 7/9/2009

e) Como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Esta característica constituye el factor definitivo que determina a un sujeto como consumidor. Es el *Endverbraucher* del derecho alemán. Los bienes o servicios que adquiere o utiliza deben ser como último receptor de la cadena de producción, esto es, no ser objeto, *a posteriori*, de reventa o reinsertión en el mercado. Asimismo, la causa fin de la adquisición o utilización deber ser la satisfacción de necesidades personales del consumidor, su familia en sentido amplio, abarcando las diferentes realidades de nuestro tiempo, o su grupo social de referencia (amistades, compañeros/as de trabajo o estudio, vivienda, camaradas de actividad deportiva, política o gremial, vínculos de solidaridad u otras actividades no lucrativas, etc). En este sentido la Ley N° 24.240, en la redacción original del artículo 2° establecía que “*no tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.*” Si bien este párrafo fue omitido en la redacción actual, cierto es que quien adquiere o utiliza bienes o servicios para su reventa o para integrarlos a un proceso productivo no cumple con el requisito de hacerlo en beneficio propio o de su grupo familiar o social, por lo que igualmente no se encontraría encuadrado en las normas de protección al consumidor¹⁵⁸. Tampoco sería encuadrado dentro del concepto de consumidor, a nuestro juicio, el empresario, el profesional liberal o las sociedades comprendidas en la L, ey N° 19.550 que adquieren o utilizan bienes o servicios para el desarrollo de su explotación comercial, industrial, profesional, minera, agropecuaria, etc, con independencia de si dicho bien o servicio constituya o no un insumo productivo directo¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Ciertamente es que ante esta modificación, y aun con la redacción anterior, se dan casos de ciertas situaciones “fronterizas”, tales como el uso promiscuo de bienes o servicios para personal y comercial o profesional, la situación del adquirente empresario sobre bienes y servicios distinto de su actividad profesional, particularmente en el caso de pequeñas y medianas empresas y sujetos con superioridad técnica y económica (seguros, servicios financieros, etc.), las ventas de subsistencia, entre otras, en las que la doctrina y jurisprudencia no es unívoca respecto a la aplicación del sistema de defensa del consumidor. Ciertamente es también que habrá que analizar cada caso en particular, teniendo en presente los principios del Derecho del Consumo, en particular el de interpretación *favor consumitoris*, como así también, de *lege ferenda* instar a la inclusión de determinados institutos del derecho del consumidor al derecho común.

¹⁵⁹ Para profundizar sobre el tema, ver: MORO, Emilio F., *Las Sociedades Comerciales frente al Derecho del Consumidor*, Delta Editora, Paraná, 2014.

2. Sujetos equiparados al consumidor.

En segundo término, se encuentra equiparado al consumidor, el llamado “consumidor indirecto”, también llamado “usuario no contratante”¹⁶⁰, “consumidor fáctico”¹⁶¹, o “consumidor extra relación de consumo”¹⁶².

Tanto el 2º párrafo de artículo 1 de la LDC como el 2º párrafo del artículo 1.092 lo definen como el que *“sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.”*

En primer término intentaremos desentrañar qué implica la idea de equiparación. Señala el Diccionario de la Real Academia Española¹⁶³ que equiparar consiste en *“considerar a alguien o algo igual o equivalente a otra persona o cosa.”* Por lo tanto las figuras enunciadas en el segundo párrafo del artículo 1 de la LDC, si bien no se encuadren estrictamente en la definición de consumidor del 1º primer párrafo del artículo 1º de la LDC, siendo por tanto sujetos diferentes a esa noción, tendrán iguales o equivalentes tratamientos en el sistema de protección al consumidor.

Nos referimos a quienes, sin ser parte del contrato o vínculo de origen con el proveedor, en virtud de un vínculo con el otro co-contratante, que puede o no ser consumidor, son los destinatarios finales de la prestación objeto del mismo o de sus efectos jurídicos¹⁶⁴, generalmente por estar vinculado familiar o socialmente con el adquirente.

Se encuadran en esta categoría, por ejemplo, quien recibe como regalo o presente de estilo, quien es invitado a una comida en la que se sirven productos contaminados o adulterados, sucesores singulares o universales del consumidor directo, los beneficiarios de contratos a favor de terceros (titulares de extensión de tarjetas de créditos, usuarios de

¹⁶⁰ Conf. WAJNTRAUB, Javier, en MOSSET ITURRASPE, WAJNTRAUB, GOZAÍNI, *La ley de defensa del consumidor*, Rubinzal-Culzoni Santa de, 2008, p. 39.

¹⁶¹ Conf. SANTARELLI, Fulvio, en PICASSO, Sebastián -VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (Directores), *Ley de Defensa del Consumidor, anotada y comentada.*, La Ley, Bs As. 2009, T. I. p. 51

¹⁶² ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., *“Los centros comerciales ante el derecho del consumo argentino”*, en PICASSO, Sebastián -VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (Directores), *Ley de Defensa del Consumidor, anotada y comentada.*, La Ley, Bs As. 2009, T. II, p. 603.

¹⁶³ www.rae.es/equiparar

¹⁶⁴ BAROCELLI, Sergio SEBASTIÁN, *“Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”*, DCCyE 2015 (febrero), 63

medicina prepaga que comprenden el grupo familiar del titular, beneficiarios de un seguro de riesgos del trabajo o seguros de vida obligatorios, beneficiario-víctima-acreedor en los supuestos de seguros de responsabilidad civil¹⁶⁵, etc.), el fiador de una deuda que es considerada de consumo, entre otros supuestos.

3. Sujetos expuestos a una relación de consumo.

Si uno hiciera una primera lectura gramatical parecería que han desaparecido los sujetos expuestos a la relación de consumo¹⁶⁶. Recordemos que a los sujetos expuestos a la relación de consumo los caracterizábamos como aquellos sujetos que, sin haber adquirido o utilizado directamente un bien o servicio introducido en el mercado por los proveedores, sufrían o estaban en peligro de sufrir un daño o lesión en sus derechos, como consecuencia de una acción u omisión originada en una actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios, comprendiendo tanto a potenciales consumidores frente a prácticas de mercado (oferta a persona indeterminada, publicidad, prácticas de marketing, condiciones generales de la contratación, etc.) como a víctimas no contratantes de daños por defectos de producto o incumplimiento del deber de seguridad.

En el derecho comparado podemos encontrar sus antecedentes en el derecho brasileño (art. 2, 17 y 29 del Código de Defensa del Consumidor del Brasil), el derecho comunitario europeo (Directiva N° 85/374/CEE, relativa a la materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos¹⁶⁷, modificada por la Directiva 1999/34/CE), el Derecho comunitario del MERCOSUR (Resolución N° 123/GMC/96 sobre conceptos fundamentales del Derecho del Consumidor y Declaración N° 10/96 denominada

¹⁶⁵ Para profundizar sobre este punto, ver: Barocelli, Sergio Sebastián, “*Contratos de seguros y derecho del consumidor. Diálogo de fuentes y perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial*”, RDCO 273 - 1021

¹⁶⁶ Para profundizar sobre el punto, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián, “*Los sujetos expuestos a una relación de consumo*”, DJ 11/05/2011, 1., BAROCELLI, Sergio Sebastián, “*Protección de las víctimas expuestas a una relación de consumo por el sistema de defensa del consumidor*”, Revista “Trabajos del Centro”, Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, No 9/10 (2011) en <http://cideci.org/revista/index.php/trabajos/article/viewFile/114/157> y BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Las víctimas de daños como sujetos expuestos a una relación de consumo*, en <http://www.astrea.com.ar/resources.php?what=%2Ffiles%2Farticles%2Fdoctrina0352.pdf>

¹⁶⁷ Un producto es defectuoso según el art. 6 de la Directiva “*cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso: a) la presentación del producto; b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto; c) el momento en que el producto se puso en circulación.*”

“Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo”) y en la figura del “*bystander*”¹⁶⁸ del derecho estadounidense.

Dentro de dicha noción comprendíamos tanto a consumidores potenciales como a víctimas de daños sin vinculación directa o indirecta con el proveedor.

Los consumidores potenciales son los destinatarios de acciones desplegadas en el mercado por los proveedores tendientes a la anudación de una relación de consumo. Encuentran su protección en las regulaciones sobre oferta a persona indeterminada (artículo 7 de la LDC), las regulaciones en materia de publicidad (artículo 8° de la LDC, artículo 5 y 9 de la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial, artículos 1101 y ss. CCC y normas especiales), prácticas abusivas (artículo 8 bis LDC y 1097 y 1098 CCC), cláusulas abusivas en condiciones generales de la contratación (artículos 37 a 39 de la LDC, 987, 988, 1117 y concordantes CCC), o violación los deberes de información, trato digno, salud, seguridad, libertad de elección u otros derechos de los consumidores de manera uniforme y generalizada (derechos de incidencia colectiva).

En cuanto a las víctimas no consumidoras, dicha conceptualización comprende a las potenciales y/o efectivas víctimas, ajenos a la relación de consumo (esto es, distinto de las personas del consumidor o de los diferentes miembros de la cadena de proveedores), que tampoco son dependientes de este último¹⁶⁹, que sufra un daño como consecuencia o en ocasión de una relación de consumo, por causa de la acción de cualquiera de los proveedores, sus dependientes, las personas que se encontraren bajo su tutela o cuidados, o los consumidores en la relación del consumo o los bienes o servicios introducidos por ellos en el mercado, ya sea por incumplimiento del deber de seguridad (art. 5 y 6 LDC), o por vicios o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio (art. 40 LDC)¹⁷⁰. Este es el criterio que había ya adoptado fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros", del 6 de marzo de 2007. De esta manera se procura alcanzar y regular las consecuencias de la introducción de bienes o servicios en el mercado y en la sociedad civil, cualquiera fuere el camino o la vía para esa

¹⁶⁸ Según el Cambridge Advanced Learner's Dictionary, “bystander” es: “a person who is standing near and watching something that is happening but is not taking part in it.”, esto es, aquella persona que se encuentra cerca de algo o mirando algo, pero sin ser parte. (<http://dictionary.cambridge.org>)

¹⁶⁹ En este caso serían de aplicación las normas del Derecho del Trabajo.

¹⁷⁰ Posición que sustentáramos en nuestra ponencia en la Comisión de Consumidor de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, <http://ideconsultora.com.ar/bderechocivil2011/ponencias2011/C8/C8-005.pdf>

incorporación, y el rol cumplido por los agentes que facilitaron o posibilitaron que tales bienes o servicios estuvieran presentes.¹⁷¹ Se sostiene que el vínculo se concreta con la materialización de los efectos de una relación de consumo que refleja sus consecuencias en terceros o con el riesgo de que ello ocurra., comprendiendo a la gran masa de consumidores espectadores de las relaciones de consumo que los circundan, por lo cual se trata de relaciones de consumo de vínculo indeterminado *ex ante*.¹⁷²

Pero tal aparente “derogación” o “limitación” no es así, ya que los sujetos expuestos no han sido “eliminados” del concepto de consumidor sino “reubicados” en el artículo 1.096 del CCC. Dicho artículo prescribe: “*Las normas de esta Sección y de la Sección 2a del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092*”. Vale tener presente que dicho artículo está inserto en la Sección 1ª, titulada “Prácticas abusivas, que reglamenta las cuestiones referidas a los derechos al trato digno, al trato equitativo y no discriminatorio y a la libertad de contratar de los consumidores y que la Sección 2ª, titulada “Información y publicidad dirigida a los consumidores”, regula el derecho/deber de información, las ilicitudes publicitarias y los efectos de la publicidad.

Resulta, por tanto, decisivo echar luz sobre el alcance del concepto de “prácticas comerciales”, para determinar entonces el alcance del concepto de sujeto expuesto a la relación de consumo. Al respecto, señala Rubén Stiglitz que las prácticas comerciales son todos los mecanismos, técnicas y métodos que sirvan, directa o indirectamente, a facilitar la salida de la producción y que se trata de un concepto extremadamente amplio que incluye el marketing, las garantías, los servicios posventa, la ejecución del contrato y la extinción de las obligaciones derivadas de los contratos¹⁷³.

En el derecho comparado, la Directiva Comunitaria N° 29/2005 de la Unión Europea, ha caracterizado a las “prácticas comerciales” como “todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización,

¹⁷¹ SANTARELLI, Fulvio Germán, “*Hacia el fin de un concepto único de consumidor*”, LA LEY 2009-E, 1055

¹⁷² RUSCONI, Dante D., “*La noción de "consumidor" en la nueva Ley de Defensa del Consumido*”, JA 2008-II-1225 - SJA 28/5/2008.

¹⁷³ STIGLITZ, Rubén S., “*Lealtad comercial, prácticas comerciales abusivas y publicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación*”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 103.

procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores”. Por tanto, entendemos que constituyen supuestos de prácticas comerciales: la emisión de ilicitudes publicitarias; las restricciones a la libertad de elección; el desarrollo de prácticas abusivas, desleales y agresivas; incumplir con los deberes de información, seguridad y trato digno e, incluso, introducir en el mercado productos defectuosos. Es decir, todas las actividades desplegadas por el proveedor en el mercado tendientes a la provisión de bienes y servicios a consumidores que actual o potencialmente son susceptibles de causar un daño.

Sostenemos esto, teniendo presente las reglas *in dubio pro consumidor* y de la condición más beneficiosa, ambas derivativas del principio protectorio. Por tanto, la noción de expuesto a una relación de consumo continúa comprendiendo tanto a los consumidores potenciales; como las víctimas de daños que no tienen un vínculo contractual con el proveedor, sea el daño originado por el incumplimiento el deber de seguridad o por un defecto del producto o servicio, especialmente fundamentado en el defecto de información sobre riesgos y daños. Por consiguiente, el concepto de consumidor no ha sufrido morigeración alguna, sino que han sido pulidas ciertas indefiniciones que despertaban dudas y controversias¹⁷⁴.

IV. SUJETOS OBLIGADOS: LOS PROVEEDORES.

La contracara de la relación de consumo, frente a los consumidores, son los proveedores. Señala la LDC que todo proveedor está obligado al cumplimiento de la ley, estableciendo en cabeza de los mismos determinados deberes y responsabilidades. Dichas previsiones tienen su fundamento en la situación de asimetría que se vislumbra en las relaciones de consumo entre proveedores y consumidores, asimetría que se proyecta tanto en el plano económico, técnico, informativo, jurídico y en algunos casos hasta sociocultural. En el marco de las relaciones de mercado imperantes en nuestro tiempo, confluyen del lado de la oferta de bienes y servicios diferentes sujetos, con diferentes roles y relaciones jurídicas entre sí. A efectos de proteger a los consumidores y usuarios el Derecho del Consumidor

¹⁷⁴ BAROCELLI, Sergio Sebastián, “*El concepto de consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial*”, <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/08/El-concepto-de-consumidor-en-el-nuevo-CCyC-por-Barocelli1.pdf>

engloba a todos los partícipes de la actividad económica de oferta de bienes y servicios como sujetos obligados.

En este sentido, en cuanto a la conceptualización de los proveedores, el artículo 2 de la LDC lo conceptualiza como:

I. La persona física o jurídica. La provisión de bienes y servicios a consumidores puede ser realizada tanto por personas humanas actuando de manera individual como por personas de existencia ideal. Dichos entes pueden o no tener ánimo de lucro en su actividad. Ejemplo de ellos pueden ser tanto sociedades, cooperativas, mutuales, como otros entes de derecho público o privado que realizan actividades de provisión de bienes o servicios; v. gr. asociaciones civiles que regentean el *buffet* de un establecimiento, sindicatos o mutuales que brindan productos o servicios a sus afiliados con o sin retención de haberes, fundaciones o confesiones religiosas que organizan festivales o ferias, etc. Comprende también a personas humanas organizadas en forma de empresa o cuasi-empresa.

II. De naturaleza pública o privada. El legislador no distingue entre sujetos públicos o privados. Por tanto podemos hablar de los siguientes sujetos obligados: I) empresas de capital privado, II) empresas de capital total o parcialmente de capital público (nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o municipal), esto es, el Estado como empresario (ejemplos de ellos lo constituyen, v. gr., el Correo Oficial de la República Argentina SA, Agua y Saneamientos Argentinos SA, Lotería Nacional Sociedad del Estado, bancos públicos, compañías de seguros provinciales, empresas provinciales de energía, de transportes, etc.; y III) cuando el Estado provee bienes y servicios, con o sin contraprestación (planes de vivienda, distribución de medicamentos, libros escolares, usuarios de rutas, microcréditos de fomento, rutas con peaje, cobertura de salud, etc.)¹⁷⁵

¹⁷⁵ Conf. BAROCELLI, Sergio Sebastián, “Derecho del Consumidor frente al Estado como proveedor de bienes y servicios”, IJ Editores, 20-12-2010, IJ-XLII-6.

II. Que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente. El Derecho del Consumidor abandona la idea clásica del derecho mercantil de la habitualidad y pone el acento en la profesionalidad como nota distintiva. No obstante, la propia norma atenúa el carácter profesional, ya que también se incluirán aquellas relaciones en las que el proveedor realiza dicha actividad ocasionalmente.¹⁷⁶

Respecto del requisito de profesionalidad, sostiene Santarelli¹⁷⁷ que constituyen algunas de sus notas distintivas las siguientes:

- a. Debe mediar una vocación de oferta a persona indeterminada; es decir una perspectiva de "clientela" destinada a captar y mantener a varios adquirentes de una clase o segmento por reducido o selecto que éste sea.
- b. Además, —dentro del contexto expuesto— debe estarse al del fin de lucro (directo o indirecto) en el desarrollo de la actividad de mercado.
- c. Debe también estarse a la arista organizacional del proveedor de bienes y servicios, en tanto, la realización organizada de una actividad de producción, distribución y/o comercialización de bienes y servicios.
- d. La profesionalidad se distingue por el agregado de valor dirigido a satisfacer una necesidad de consumo, en el sentido de adicionar al producto alguna cualidad intrínseca (diseño, utilidad, etc.) o bien participando en la cadena de comercialización, así en las transacciones entre profesionales, lo ofrecido adquiere carácter de bien de cambio, o de insumo. Siguiendo con estas generalizaciones, la adquisición por el consumidor final, tiene carácter de bien de uso.

¹⁷⁶ En esta tesis, las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se concluyó que a los fines de establecer la noción de proveedor resultará determinante su carácter profesional; no obstante agregaron los Dres. Frustagli, Flass, Calderón, Bargaballo, Canteros, Gutierrez Juncos, Ramirez, Castillo, Di Giusto, Aita Tagle, Franco, Hernandez y Tinti: que *“a los fines de determinar la noción de proveedor, excepcionalmente, podrá considerarse que es proveedor quien se vale de un profesional para ofrecer productos y servicios en el mercado y, en consecuencia, quedar sujeto al estatuto de defensa del consumidor”*. (http://www.derechocivilcba.com.ar/docs/com09_%20conclusiones_consumidor.doc)

¹⁷⁷ SANTARELLI, Fulvio G., *“Hacia el fin de un concepto único de consumidor”*, LA LEY, 7/9/2009.

Creemos en este sentido, que el requisito del fin de lucro debe interpretarse de manera amplia, incluyendo por ejemplo las actividades de provisión de bienes y servicios por organizaciones no lucrativas (v. gr. una asociación que explota la concesión de un buffet, una fundación titular de un sanatorio, un sindicato que provee bienes o servicios a sus afiliados por retención de haberes, etc.) como sostuviéramos anteriormente, cuando es el Estado quien provee bienes o servicios, con o sin contraprestación por parte de los beneficiarios.

En este sentido, el nuevo Código en el artículo 1.093, al regular el contrato de consumo, pone en pie de igualdad al profesional como el ocasional, comprendiendo tanto a las organizaciones empresarias como las cuasi-empresas (sujetos que desarrollan de manera ocasional una actividad de provisión de bienes y servicios en el mercado, aunque sea por única vez.).

III. Actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios.

En este punto, es importante tener presente que cuando hablamos de proveedores, abarcamos a todos los sujetos que intervienen en la oferta de bienes y servicios en el mercado, esto es, a todos los agentes económicos intervinientes en el proceso de producción, circulación, distribución y comercialización¹⁷⁸.

La LDC enumera los siguientes:

1) Producción: Comprende a los actores responsables de las actividades primarias (bienes producto de explotaciones agrícolas, pesqueras, mineras, forestales, de caza o recolección de frutos), secundarias (productos industriales elaborados) y terciarios (servicios) de la actividad económica.

2) Montaje: Técnicamente es la combinación de las piezas de un objeto. Molina Sandoval sostiene que es la combinación de acciones para la utilización del bien por parte del

¹⁷⁸ WEINGARTEN, Celia y otros, *Derecho del consumidor*, Universidad, Bs As, 2007, p. 243.

consumidor¹⁷⁹. El montaje, incluso, puede incluir servicios posteriores al efectivo montaje o instalación del artefacto o utilización del servicio. En cierto modo, esta noción incluye nociones conexas tales como la puesta a disposición del consumidor, instalación, establecimiento del producto, organización y preparación de los elementos que permiten la adquisición o utilización del bien o servicio adquirido por el consumidor¹⁸⁰.

Se incluye aquí, por ejemplo, el ensamble o montaje de: piezas de productos cuyas piezas son fabricadas en el extranjero o la organización de un evento social o espectáculo o la instalación de maquinarias, electrodomésticos, antenas, etc.

3) Creación: se refiere no a la idea de manufactura de un bien, idea comprendida en el concepto de producción, sino a la invención intelectual de un bien o servicio, registrado como patente¹⁸¹, modelo industrial¹⁸², software¹⁸³ u otro tipo de propiedad intelectual¹⁸⁴.

¹⁷⁹ Conf. Molina Sandoval, Carlos A., *Derecho de consumo*, Córdoba, 2008, ADVOCATUS., p. 22.

¹⁸⁰ MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “*Reformas sustanciales a la ley de defensa del consumidor*”, LA LEY, Suplemento especial (Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor), de Abril de 2.008, p. 81 y ss.

¹⁸¹ La Ley N° 24.481 de patentes de invención y modelos de utilidad, en su art. 4, establece que serán patentables las invenciones de productos o de procedimientos, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial: a) A los efectos de esta ley se considerará invención a toda creación humana que permita transformar materia o energía para su aprovechamiento por el hombre. b) Asimismo será considerada novedosa toda invención que no esté comprendida en el estado de la técnica. c) Por estado de la técnica deberá entenderse el conjunto de conocimientos técnicos que se han hechos públicos antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida, mediante una descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información, en el país o en el extranjero. d) Habrá actividad inventiva cuando el proceso creativo o sus resultados no se deduzcan del estado de la técnica en forma evidente para una persona normalmente versada en la materia técnica correspondiente. e) Habrá aplicación industrial cuando el objeto de la invención conduzca a la obtención de un resultado o de un producto industrial, entendiéndose al término industria como comprensivo de la agricultura, la industria forestal, la ganadería, la pesca, la minería, las industrias de transformación propiamente dichas y los servicios

¹⁸² En materia de modelos industriales resultarán de aplicación las disposiciones del Decreto-Ley N° 6.673/63, ratificado por la Ley 16.478, de Modelos y Diseños Industriales, que en su artículo 3 dispone que se considera modelo o diseño industrial a las formas o el aspecto incorporados o aplicados a un producto industrial que le confieren carácter ornamental

¹⁸³ Los programas de computación se encuentran contemplados dentro de las obras protegidas por el Derecho de Autor regulado por la Ley N° 11.723, merced a la modificación de la Ley N° 25.036. Cabe igualmente recordar que el art. 5° de la Ley 25.922 de Promoción de la industria del software define al software como la expresión organizada de un conjunto de órdenes o instrucciones en cualquier lenguaje de alto nivel, de nivel intermedio, de ensamblaje o de máquina, organizadas en estructuras de diversas secuencias y combinaciones, almacenadas en medio magnético, óptico, eléctrico, discos, chips, circuitos o cualquier otro que resulte apropiado o que se desarrolle en el futuro, previsto para que una computadora o cualquier máquina con capacidad de procesamiento de información ejecute una función específica, disponiendo o no de datos, directa o indirectamente.

¹⁸⁴ El artículo 1° de la Ley 11.723 establece: “A los efectos de la presente ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas; en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción.

La inclusión del creador o inventor resulta de vital importancia ante eventuales daños por defectos de diseño o información.

4) Construcción: Implica la realización material o objetiva de un producto. Usualmente está prevista para “inmuebles”, pero también puede incluir maquinarias, vehículos, artefactos electrónicos u otros muebles.¹⁸⁵

5) Transformación: La “transformación”, por su parte, incluye la realización de actividades sobre un producto ya existente con la finalidad de realizar o coadyuvar para la preparación del producto de consumo. La transformación no sólo incluye un cambio radical de la forma de un producto, sino que también incluye el mejoramiento de ciertos productos. En materia de inmuebles, y teniendo en cuenta que los inmuebles usados se incluyen en el espectro de la ley, podría abarcar las tareas de modificación o mejoramiento de la construcción ya realizada.¹⁸⁶

6) Importación: El artículo 9° inciso 1 del Código Aduanero establece que importación es la introducción de cualquier mercadería a un territorio aduanero (ámbito terrestre, acuático y aéreo sometido a la soberanía de la Nación Argentina). El artículo 10 de dicho Código establece que es mercadería todo objeto que fuere susceptible de ser importado o exportado. El apartado 2 agrega que se consideran igualmente como si se tratara de mercadería:

a) las locaciones y prestaciones de servicios realizadas en el exterior, cuya utilización o explotación efectiva se lleve a cabo en el país, excluido todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios;

b) los derechos de autor y derechos de propiedad intelectual.

Por su parte, el artículo 91 del Código Aduanero dispone que son importadores las personas que en su nombre importan mercadería, ya sea que la trajeren consigo o que un

La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí.”

¹⁸⁵ Conf. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Reformas sustanciales a la ley de defensa del consumidor”, LA LEY, Suplemento especial (Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor), de Abril de 2.008, p. 81 y ss.

¹⁸⁶ Conf. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Reformas sustanciales a la ley de defensa del consumidor”, LA LEY, Suplemento especial (Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor), de Abril de 2.008, p. 81 y ss.

tercero la trajere para ellos. En los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 10, serán considerados importadores las personas que sean prestatarias y/o cesionarias de los servicios y/o derechos allí involucrados.

7) Concesión de marcas: Este concepto debe tener un alcance amplio y debe abarcar la posibilidad de que el proveedor de producto o servicio pueda utilizar la marca en el producto o servicio o en la forma de su comercialización. Incluye no sólo la “licencia” de la marca en sentido estricto, sino también cabe entender lo siguiente:

(i) Puede tratarse de una marca registrada o no, ya que también podría incluirse designación de actividades, con o sin fines de lucro (art. 27, ley 22.362), marcas notoria o directamente marcas que no han sido inscriptas.

(ii) Puede consistir en una marca registrada que no haya sido renovada dentro de los cinco años previos a su vencimiento (art. 5, ley 22.362), ya que el fundamento de la inclusión en la noción de proveedor radica en la apariencia o garantía que genera la marca frente a terceros.

(iii) Incluye las marcas adquiridas por cualquier medio, inscripción, transferencia, reivindicación u otras formas.

(iv) La concesión (*latu sensu*) puede estar incluida en cualquier convenio o licencia que permita o autorice a utilizar la marca a un tercero y no es necesario que sea un contrato autónomo sino que puede ser incluido en el marco de otros contratos más amplios (franquicia, distribución, comercialización, etc.) o incluso en la transferencia de un fondo de comercio (art. 7, ley 22.362).

(v) Las limitaciones contractuales que se establecen para la explotación de la marca no son oponibles al consumidor

Por ello, si el empresario (que explota una marca ajena) comercializa el producto en contravención a lo pactado (v.gr., lo hace dentro de un radio geográfico no permitido o en un mercado especialmente restringido). Tampoco es oponible al consumidor la exención de responsabilidad pactada entre el titular de la marca y el licenciente.

Eventualmente, y en lo que resarcimiento se refiere, deberá demostrar el titular de la marca o designación que la causa del daño le ha sido ajena para eximirse de los daños que pudieran serle imputables.

(vi) Si la utilización de la marca se ha realizado de manera clandestina (esto es, sin licencia, “concesión” o autorización del titular) es razonable interpretar que no puede responsabilizarse al titular de la marca por los daños que se han ocasionado con productos viciosos (ni menos exigir el cumplimiento de las disposiciones en la LDC).

(vii) La licencia de la marca puede abarcar la consignación de la marca en el producto (o incluso ser comercializado un producto de una determinada marca directamente por el distribuidor) o la denominación del negocio o empresa en el cual se comercializan productos variados. En este último caso, y dependiendo de las circunstancias del caso, deberá analizarse el grado de confusión que puede generar en los consumidores la utilización de la marca en el negocio explotado.¹⁸⁷

Comprende, por tanto, los supuestos de los sujetos de los contratos de *merchandising*, esponsorio, a quienes realizan “alianzas de marcas” (contratos de *joint branding* o *co branding*¹⁸⁸) y al franquiciante en el contrato de *franchising*, en concordancia con el artículo 40 de la LDC que hace referencia a “todo aquel que ha puesto su marca”.

8) Distribución: Aquí cabe señalar que no debe entenderse distribución en sentido estricto, sino incluir a todos los contratos que tienen una finalidad económica de distribución de bienes con fines de comercialización: concesión, agencia, distribución, suministro, franquicia, consignación. También quedan incluidas aquellas categorías de contratos que tienen por objeto la sola distribución, sin un objeto de comercialización que integre la causa del negocio¹⁸⁹, como por ejemplo, agencia, concesión, franquicia, etc.

¹⁸⁷ Conf. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Reformas sustanciales a la ley de defensa del consumidor”, LA LEY, Suplemento especial (Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor), de Abril de 2.008, p. 81 y ss.

¹⁸⁸ Sobre este punto ver: WEINGARTEN, Celia, y otros, *Derecho del consumidor*, Universidad, Bs. As., 2007, p. 98 y ss.

¹⁸⁹ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, 2005, Santa Fe, p. 100.

9) Comercialización: En este apartado incluimos a toda persona que ofrece bienes o servicios, esté o no comprendido dentro de la definición de comerciante del Código de Comercio, ya sea mayorista o minorista. Incluye aquí a los vendedores mencionados en el artículo 12 de la LDC.

Creemos igualmente que la enumeración es enunciativa y abarca a todo el que obtenga provecho de la oferta de bienes y servicios. Debemos agregar, como sujetos obligados, por ejemplo, a los transportistas, mencionados en el artículo 40 de la LDC, a los organizadores de espectáculos públicos, a los concesionarios de rutas con peaje, a los publicistas y agencias publicitarias y protagonista del mensaje publicitario¹⁹⁰, a los prestadores de servicios conforme el artículo 58 de la LDC y a todos los intermediarios, también en virtud de la norma antes mencionada. En virtud de esta última norma es que podemos incluir, por ejemplo a los agentes auxiliares del comercio¹⁹¹.

Por último, y conforme hemos sostenido en diversos foros científicos¹⁹², creemos importante la inclusión en el ordenamiento del consumo el instituto del levantamiento del velo societario. En tal caso, el juez, de oficio o a pedido de parte, mediante resolución fundada, frente a la acción u omisión en perjuicio del consumidor dispondrá el levantamiento del velo societario cuando la personalidad jurídica encubra la consecución de fines extrasocietarios; constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe; configure abuso del derecho o violación del estatuto o del contrato social; o sea utilizada para frustrar derechos de terceros o del consumidor. Creemos que dicho instituto que se encuentra regulado en otras áreas y es aplicado en numerosos fallos laborales y societarios, puede extenderse razonablemente a la protección de consumidores y usuarios. El levantamiento del velo societario tiene por finalidad crear un punto de inflexión en la perspectiva limitadora de los riesgos empresarios generales propugnando la no separación de las personalidades involucradas en la organización de negocios, pero siempre frente a determinadas situaciones. Este instituto se encuentra vinculado a las decisiones judiciales y

¹⁹⁰ Conf. WEINGARTEN, Celia, y otros, *Derecho del consumidor*, Universidad, Bs. As., 2007, p. 122.

¹⁹¹ El artículo 87 del Código de Comercio dispone: “Son considerados agentes auxiliares del comercio, y, como tales, sujetos a las leyes comerciales con respecto a las operaciones que ejercen en esa calidad:

1° Los corredores;

2° Los rematadores o martilleros;

3° Los barraqueros y administradores de casas de depósito;

4° Los factores o encargados, y los dependientes de comercio;

5° Los acarreadores, porteadores o empresarios de transportes.”

¹⁹² Jornadas preparatorias a las XXII Nacionales de derecho Civil, Resistencia 6 de junio 2009, XXII Nacionales de derecho Civil, Córdoba 24 de septiembre 2009.

no implica anular la personalidad jurídica, sino apunta al levantamiento del velo en determinados casos, principalmente en aquellos en que la persona jurídica es utilizada para incumplir el ordenamiento jurídico y cumple con la protección de los consumidores y usuarios que es el fin de ordenamiento especial y del mandato constitucional (art 42 CN). En el Derecho Comparado, contamos con la experiencia de Brasil, a través del Código de Defensa del Consumidor (Ley 8.078/1990) y el nuevo Código Civil y Comercial Unificado (Ley 10.406/2002).

IV. Destinados a consumidores o usuarios. Los bienes y servicios deben estar destinados a los sujetos protegidos por el sistema para la satisfacción de necesidades personales o de su familia o grupo social. Quedan por tanto excluidas aquellos contratos entre empresas, independientemente de que las mismas sean grandes, medianas o pequeñas, cuando el destino del producto sea un insumo para una actividad productiva, comercial o profesional, sea dicho insumo parte o no de la actividad principal de la actividad. Por ejemplo, la jurisprudencia ha excluido como supuesto de relación de consumo si los vehículos se adquirieron para prestar servicios a terceros (en el caso, 32 autos para flota de remises)¹⁹³

V. SUJETOS EXCLUIDOS.

En el presente apartado analizaremos los casos de aquellos proveedores de bienes y servicios que se encuentran excluidos del sistema de protección a los consumidores, ya sea de manera total o parcial.

a) *Profesionales liberales.*

El segundo párrafo del artículo 2 de la LDC establece que no están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título

¹⁹³ C Nac. Com., sala B, 21/12/2005, “Blue Way S.A. v. Cidef Argentina S.A. y otro”, Lexis N° 1/70022923-2

universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello.

Dicha excepción al régimen protectorio ha merecido numerosas críticas por parte de la doctrina nacional, que la consideran contraria al principio de igualdad y al ejemplo que dichos profesionales deben brindar a la comunidad¹⁹⁴.

Para poder ser comprendido dentro de esta previsión legal, debe cumplimentarse con los siguientes requisitos:

1) Debe tratarse de servicios de profesionales liberales. Cuando hablamos de “profesión” podemos afirmar que se trata de toda actividad desarrollada públicamente, de modo habitual y como fuente principal de ingresos¹⁹⁵. Constituyen notas características de la profesionalidad: autonomía técnica, habitualidad, reglamentación, habilitación, presunción de onerosidad, sujeción a normas reglamentarias y éticas, no siendo imprescindible el título universitario¹⁹⁶. Dentro del género “profesión” encontramos a las llamadas “profesiones liberales”, comprendiendo la especie servicios puramente intelectuales. La calificación de “liberal”, apunta a la libertad, a la ausencia de controles, a la autonomía y soberanía con que desarrollan sus actividades¹⁹⁷. En materia tributaria se consideran profesiones liberales a aquellas que se encuentre regladas por ley, que requieren matriculación o inscripción en los respectivos Colegios o Consejos Profesionales, acreditación del grado universitario con el correspondiente título expedido por universidades nacionales o privadas debidamente reconocidas, realizadas en forma libre, personal y directa y cuya remuneración por la prestación efectuada se manifiesta bajo la forma de honorarios¹⁹⁸. Esta “libertad”, “autonomía” y casi “soberanía” de los profesionales liberales en la etapa decimonónica en que fue redactado el Código Civil de Vélez Sarsfield ha venido a sufrir

¹⁹⁴ En este sentido: GOZAÍNI, Osvaldo A., “¿Quién es consumidor, a los fines de la protección procesal?”, LL 2003-C, 1054; GHERSI, Carlos A. y WEINGARTEN, Celia, *Visión integral de la nueva ley del consumidor*, DJ 23/04/08 y XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1995.

¹⁹⁵ NICOLAU, Noemí Lidia (directora), *Fundamentos de Derecho Contractual*, T. II. La Ley, Avellaneda, 2009, p. 349.

¹⁹⁶ Conf. Primeras Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, Lomas de Zamora, 1988; V Jornadas Rioplatenses de Derecho, San Isidro; II Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe, 1989, entre otros encuentros jurídicos.

¹⁹⁷ NICOLAU, Noemí Lidia (directora), *Fundamentos de Derecho Contractual*, T. II. La Ley, Avellaneda, 2009, p. 351.

¹⁹⁸ Artículo 8° de la Resolución N° 180/88 de la Dirección Provincial de Rentas de Santa Fe.

importantes transformaciones, como al masificación de las relaciones profesionales, la despersonalización de las condiciones de trato y atención y una creciente “proletarización” de los profesionales liberales, que en muchos casos no son más que trabajadores en relación de dependencia con su autonomía limitada a los aspectos técnicos de su profesión. A aquellos profesionales liberales que ejercen en forma libre su profesión apunta la norma en cuestión. En esta categoría podemos mencionar a los profesionales del derecho (abogados, escribanos, procuradores, traductores públicos, calígrafos públicos), de la salud (médicos, psicólogos, odontólogos, enfermeros, kinesiólogos, nutricionistas, fonoaudiólogos, radiólogos, bioquímicos, farmacéuticos, obstétricos, veterinarios), de las ciencias económicas (contadores públicos, economistas, actuarios), de las ciencias sociales (trabajadores sociales, sociólogos, politólogos, antropólogos) y otras disciplinas (arquitectos, ingenieros, biólogos, agrimensores, geólogos, etc.). Quedan excluidos por tanto aquellos profesionales donde prima el conocimiento manual y técnico, como electricistas, plomeros, gasistas o carpinteros¹⁹⁹.

2) *Que requieran para su ejercicio título universitario.* Otro requisito que establece la norma es que la prestación de dicho servicios sea incumbencia profesional exclusiva de graduados de instituciones de educación superior universitaria con título reconocido a nivel nacional por las autoridades educativas, de conformidad con la Ley de Educación Superior (Ley N° 24.521) En este punto dejamos afuera de la exclusión, y por tanto dentro del sistema de protección al consumidor como proveedores, a los profesionales con títulos de educación secundaria técnico-profesional (maestros mayores de obra, constructores, técnicos electricistas, electrónicos, mecánicos, informáticos, agropecuarios, etc.) o superior no universitaria (técnicos terciarios en sistemas, higiene y seguridad en el trabajo, gastronomía, jardinería, enfermería, locutores, agentes de propaganda médica, etc.) reguladas por las leyes N° 26.058 de Educación Técnico Profesional y N° 24.521 de Educación Superior. Cabe dicha aclaración porque en algunos de los casos poseen matrícula profesional e incluso colegiación (v. gr. maestros mayores de obra, gestores, agentes de propaganda médica, etc.).

¹⁹⁹ Conf. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Hammurabi, Bs., As., 1998, P. 14 y ss.

3) *Con matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello.* Debe tratarse de profesiones que requieran para su ejercicio la matriculación obligatoria. Dicha matrícula puede ser organizada por la Administración (por ej., en el ámbito territorial de la Ciudad de Buenos Aires, la matrícula de profesionales de la salud) o por entes públicos no estatales, como son colegios o consejos profesionales (por ej., en el ámbito territorial de la Ciudad de Buenos Aires, la matrícula de profesionales del derecho y las ciencias económicas). Quedan excluidas de esta previsión aquellas profesiones universitarias que no requieran matriculación obligatoria.

Esta exclusión general tiene una primera excepción en la publicidad que se haga del ofrecimiento de los servicios de profesionales liberales. Ello implica que si los profesionales utilizan publicidad la misma estará comprendida por el sistema de defensa del consumidor, en cuanto a las previsiones de los artículos 7 y 8 de la LDC y respecto a las regulaciones en materia de ilicitudes publicitarias. Otros autores, en tesis minoritaria en doctrina²⁰⁰, entienden que cuando los profesionales en su ejercicio libre hagan publicidad, se someten voluntariamente al régimen de la LDC.

En segundo lugar, podemos mencionar a aquellos profesionales que incurran en las prácticas abusivas prohibidas en el artículo 8 bis (condiciones de atención y trato indigno y/o inequitativo, conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias e intimidatorias, diferenciaciones sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios a consumidores extranjeros u otorgar apariencia de reclamo judicial a reclamos extrajudiciales de deudas). Ante tales prácticas abusivas los profesionales serán pasibles de las sanciones administrativas previstas por el artículo 47 de la LDC y responsables de la reparación de daños a los consumidores, incluidos los daños punitivos o multa civil establecida en el artículo 52 bis de la LDC. El fundamento normativo de dicha afirmación es el último párrafo del artículo 8 bis cuando prevé hacer *“extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor.”* Esta previsión tiene especial trascendencia para los profesionales del derecho, especialmente en el supuesto de cobranzas extrajudiciales de deudas²⁰¹.

²⁰⁰ Conf. WAJNTRAUB, Javier H., *“La noción de consumidor tras la Reforma de la ley 24.240”*, Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 153.

²⁰¹ En jurisprudencia anterior a la reforma: “Ocasiona un daño moral por su carácter intimidatorio y amenazante la nota con apariencia de cédula judicial que el letrado apoderado del banco enviara a la escuela donde trabajaba la deudora docente, con indicación de la decisión de ejecutar, aviso de embargo, sin indicar

Otra excepción que hace incluir a las profesiones liberales dentro del régimen tuitivo del consumo son los supuestos de bienes o servicios que no constituyen incumbencias exclusivas de los profesionales involucrados. Así, se inscriben los tratamientos estéticos que puedan brindar médicos dermatólogos o kinesiólogos, productos de perfumería vendidos en una farmacia, el servicio de ambientación o el servicio de decoración de interiores desarrollada por un arquitecto, los llamados “pet shops” dirigidos por un veterinario, etc., En este entendimiento, la jurisprudencia entendió que resultaban aplicables las normas de defensa del consumidor al supuesto de una persona que había comprado un perro en una veterinaria, que murió a los pocos días²⁰².

También se encontrarán comprendidos dentro del ámbito del sistema de defensa de los consumidores los profesionales liberales que desarrollan su actividad organizada en forma de empresa²⁰³. Así, el médico que dirige una clínica, el contador público que preside una firma de auditoría externa o el abogado que regentea una empresa de atención integral de víctimas de accidentes de tránsito, entre otros. Sostiene Wajntraub que cuando se ejerce la actividad en forma de empresa, se diluye la figura del profesional liberal para conformarse la de proveedor.²⁰⁴ Establece la norma antes mencionada que ante la presentación de denuncias por los usuarios y consumidores que no se vincularen con la publicidad de los servicios, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación.

b) Transporte aeronáutico

El artículo 63 de la LDC establece que para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley.

monto adeudado ni fijar plazo para recibir el mismo, dando cuenta de la existencia de deuda en mora y de lo infructuoso de las diligencias de cobro intentadas, máxime si la deudora había cuestionado el monto de la deuda”. (CNCom., sala E, 10/02/2006 “Lloyds TSB. Bank v. F., M. E.”, JA 2006-III-43).

²⁰² CNFed CA, sala II, “Poggi, José M. F. c/Secretaría de Comercio e Inversiones”, 06/05/1999, JA, 2000-III-387, Ed, 189-471

²⁰³ Conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Consumidores*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 102.

²⁰⁴ WAJNTRAUB, Javier H., *Protección jurídica del consumidor*, LexisNexis – Depalma, Bs. As., 2004, Lexis N° 3201/000704.

Dicho artículo había sido derogado por artículo 32 de la Ley N° 26.361, pero dicha derogación fue observada por artículo 1° del Decreto N° 565/2008.

En este sentido, cabe formular las siguientes consideraciones. En primer término, cabe recordar que el contrato de transporte aéreo es aquel en virtud del cual, “una parte se obliga a trasladar a personas o cosas, de un lugar a otro, en aeronave y por vía aérea, y la otra a pagar un precio como contraprestación.”²⁰⁵

En los casos derivados del contrato de transporte aéreo se aplican las normas del Código Aeronáutico para el transporte interno de cabotaje y la Resolución N° 1532/98 del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos sobre Condiciones Generales del Contrato de Transporte Aéreo y las convenciones internacionales a las cuales adhirió nuestro país –“Sistema de Varsovia”- para el transporte internacional de pasajeros, equipajes y carga, siendo de carácter supletorio, sólo lo no previsto por sus normas específicas, las normas del derecho del consumidor²⁰⁶.

Esta exclusión entendemos que es inconstitucional, por vulnerar los principios de igualdad y no discriminación; no obstante, no obstan la aplicación de los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional en el supuesto de contratos de transporte aéreo (derecho a la información, a la protección de salud, seguridad e intereses económicos, a la libertad de elección, a condiciones de trato digno y equitativo, a sistemas eficaces de prevención y resolución de conflictos y al acceso a la justicia.)

Por consiguiente, excluyendo los supuestos de daños materiales, donde operan los topes indemnizatorios, incumplimientos por inclemencias meteorológicas o averías y prescripción que se rigen por las normas del Derecho Aeronáutico y en el resto de los supuestos se aplicarán las normas del Derecho del Consumidor; por ejemplo, casos de cancelación de vuelos, “*overbooking*” o sobreventa de pasajes, retrasos o trato discriminatorio, etc.²⁰⁷

²⁰⁵ VIDELA ESCALADA, Federico, *Manual de derecho aeronáutico*, Zavalía, Bs. As., 1996, p. 373

²⁰⁶ AGOSTINELLI, Carlos, “*Transporte aéreo y derechos de los consumidores*”. Análisis del Decreto 565/2008, en ARIZA, Ariel, *La reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361*. Abeledo Perrot, Gerli, 2008, p. 221.

²⁰⁷ MOERMANS, Daniel y VIOLA, Martín Sebastián, en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (directores) *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, La Ley, Avellaneda, 2009, T. I., p. 736 y ss.; BELTRAMO, Andrés - ESTEVARENA, Emiliano, “*Derechos del*

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

De conformidad con todo lo expuesto con anterioridad, podemos formular las siguientes reflexiones finales:

- 1) El ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor argentino se determina a partir de la existencia de una relación de consumo: vínculo jurídico entre consumidores y proveedores;
- 2) La categoría de consumidor, nacida de la idea de vulnerabilidad, se estructura a partir del destino final de los bienes y/o servicios a la satisfacción de necesidades privadas, domésticas, personales o no lucrativas del consumidor, su familia o grupo de referencia;
- 3) El concepto de consumidor comprende tanto a consumidores directos, indirectos como expuestos a prácticas comerciales;
- 4) El concepto de proveedor comprende a todos los que intervienen en la cadena de producción, importación, distribución y comercialización y directa o indirectamente participan, obtienen ganancias u otros beneficios, en la provisión de bienes o servicios a consumidores, estén no organizados como empresa;
- 5) A partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial no se han producido cambios en el ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor;
- 6) El nuevo Código Civil y Comercial constituye un aporte significativo en pos de la consolidación y fortalecimiento del Derecho del Consumidor argentino, que expresa las inquietudes, demandas y propuestas de varias generaciones de juristas, que contribuyeron y contribuyen a la construcción del Derecho del Consumidor en nuestro país.

consumidor y derecho de daños en el transporte aeronáutico”, Revista Jurídica de Daños - Número 7 - Noviembre 2013.

Fecha: 19-11-2013 Cita: IJ-LXIX-845

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL – AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA DE LOS USUARIOS Y SU RÉGIMEN TUITIVO.-

POR JOHANNA CATERINA FALIERO

I. INTRODUCCIÓN

Nuestra Constitución Nacional, desde la Reforma del año 1994, con la introducción de tratados internacionales, Art. 75 Inc. 22, y del Art. 42, el cual regula una serie de derechos en la relación de consumo, consagra de manera expresa – entre muchos otros, el derecho a la información adecuada y veraz, y a la libertad de elección.

En la relación de consumo el deber de información compone el “deber constitucional y legal de conducta impuesto a quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen bienes y servicios tendiente a despejar la incertidumbre del consumidor o usuario y a que obtenga una precisión lo más real posible sobre sus derechos y las obligaciones que asumirá. Debiendo ser cierta, objetiva, veraz, detallada, eficaz, suficiente y adecuada. Derecho constitucional y legal del consumidor o usuario que le posibilita una decisión selectiva fundada en un marco de mayor libertad”²⁰⁸.

El hito histórico que constituyó la sanción de nuestro Código Civil y Comercial el 1 de Octubre de 2014, por Ley 26.994, y su ulterior puesta en vigencia desde el día 1 de Agosto, albergó un cambio que fue más allá de la misma reforma de este cuerpo normativo de vital relevancia para el derecho. Constituyó el fruto más simbólico desde lo jurídico, del proceso de transformación social que atravesó nuestro país, el que tuvo la meta troncal de afianzar los derechos humanos.

²⁰⁸GHERSI, Carlos A.: Diccionario de Términos Jurídicos Más Usuales, 2da. Edición, Buenos Aires, La Ley, Año 2009.

El compromiso alrededor de este cambio, abrazador de la directriz de raigambre humanista, de progresividad de los derechos y expansión de los mismos, se vislumbra en el texto de esta pieza jurídica clave y central para nuestro derecho privado, el derecho de todos los habitantes de nuestra Nación, el que incluyó novedosamente la regulación de los derechos de los consumidores, en adición a la preexistencia de su ley específica, generando así un triple marco protectorio (Constitución Nacional – Código – Ley).

El Nuevo Código Civil y Comercial procedió a normativizar principios, valores y derechos de carácter ius fundamental, arraigados en nuestra Constitución Nacional, desde su reforma en el Año 1994, a partir de la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos a nuestro bloque de constitucionalidad., es así como se regula – dentro de los contratos de consumo – el deber/derecho a la información.

El entonces Poder Ejecutivo Nacional emprendió el proyecto de reformar los códigos vigentes, Códigos Civil y Código Comercial, para adecuar estas piezas de derecho basales en nuestra sociedad, a sus necesidades presentes y a la transformación que esta había atravesado desde un punto de vista valorativo y principiológico. Ello es así dado que los valores y principios fundantes de estos códigos históricos respondían a una realidad adecuada a sus orígenes continentales, hegemónicos y liberales, y los mandatos actuales de justicia social, equidad, igualdad y libertad distaban diametralmente con aquellos y exigían un cambio jurídico que los robusteciera.

Nuestro Código Civil y Comercial fue sancionado, concordantemente con los valores que el mismo sostiene, democrática y participativamente. No sólo constituyó una obra jurídica fruto del estudio de destacados juristas, sino que todos los actores sociales participaron y debatieron su contenido. Tanto la sociedad civil, como la comunidad académica e investigativa, conservaron roles activos y de preponderancia vital en su proceso de debate.

Como se dijera en los Fundamentos de su Anteproyecto, la presente codificación trajo aparejada: la constitucionalización del derecho privado, proceso por el cual principios y valores contenidos en los tratados internacionales – en particular los de Derechos Humanos – fueron incorporados en su regulación, y la consolidación de un paradigma de igualdad real y no discriminación, que considera las particulares vulnerabilidades que pueden afectar a las personas y el principio de recepción sistemática de todos los sujetos, sin importar sus características o condiciones.

A su vez, el Código Civil y Comercial también consolida la incorporación de los derechos colectivos, que antes sólo encontrábamos en nuestra Constitución Nacional. Revolucionariamente este código, que regula derechos de carácter privado, fue más allá de la regulación de los derechos individuales, incorporando y observando la importancia de los derechos de incidencia colectiva.

El presente trabajo tiene por objetivo el estudio particularizado del derecho a la información que enuncia nuestro novedoso Código Civil y Comercial y el derecho a la autodeterminación informativa de los usuarios y su régimen tuitivo.

En lo específico, se persigue comprender la relación existente entre el derecho a la información y el ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa de los usuarios. El estudio de estas problemáticas se enmarca en la protección de datos personales, puesto que con una frecuencia arrolladora, tanto usuarios como consumidores son forzados de manera permanente a brindar y proveer datos, personales y de otra índole, que serán contenidos en bases de datos, sin haber gozado de un efectivo deber de información y siendo por ello vulnerado su derecho a ejercer su autodeterminación informativa.

II. DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

Nuestro Artículo 4 de la Ley de Defensa del Consumidor (L.24.240) establecía respecto de la información que “El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión.” (Art. 4 Ley 24.240 - Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008).

Dicho Artículo 4 fue modificado por la Ley N° 27.250, sancionada el 18 de Mayo de 2016 y promulgada de hecho el 8 de Junio de 2016, el que quedó redactado del siguiente modo: “El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada

todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización.

La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición.”

Esta última redacción incorporó en el segundo párrafo una brevísima, y no por ello simple, referencia a la temática del soporte sobre el cual se asienta la información brindada al consumidor. De todo ello se desprende, sin ánimo de controvertir la redacción ni sus potenciales consecuencias, que la información debe ser brindada en soporte físico, el que se podrá suplantar por soporte alternativo – entendiendo por este al digital – si el consumidor brinda para ello su consentimiento expreso.

En su decreto reglamentario, el que aún permanece inalterado desde su origen, al respecto de este artículo se enuncia que “Los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes.”.

Nuestro Código Civil y Comercial vigente enuncia en su Art. 1100: “Información. El proveedor está obligado a suministrar información al, consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.”

El deber de seguridad, se funda en el deber de buena fe – Art. 9 y 961 del Código Civil y Comercial vigente y Art. 1198 de nuestro Código Civil histórico, y se encuentra regulado en la Ley de Defensa del Consumidor, Artículo 5, el que dice: “Protección al Consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.” (Art. 5 Ley 24.240).

Por otra parte, complementa este artículo, el Artículo 6 de la misma norma, el que establece: “Cosas y Servicios Riesgosos. Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos.

En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción.” (Art. 6 Ley 24.240).

Reglamentan estos Artículos el Decreto 1798/1994 del siguiente modo: “Los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes.” (Art. 4 Dec. Reg. 1798/1994).

Nuestro Código Civil y Comercial instituye acerca de los contratos celebrados a distancia que estos serán “... aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa.” (Art. 1105 CCyCNA).

A su vez, la misma norma formula en lo atinente a la “Información sobre los medios electrónicos. Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos.” (Art. 1107 CCyCNA).

El consumidor detenta en la relación de consumo con su proveedor, una desigualdad genética, funcional, informativa y estructural, respecto de su contraparte negocial, el proveedor. Para reequilibrar esta asimetría, en lo particular informativa, contamos con el deber de información, el cual vemos receptado en nuestra Ley de Derechos del Consumidor 24.240 y modificatorias, que caracteriza a la información como “cierta, clara y detallada” en su Art. 4º. El deber de información es, en su esencia, la herramienta más adecuada para propender razonablemente a un equilibrio artificial entre partes naturalmente desiguales.

Se puede definir a la información como aquel “deber constitucional y legal de conducta impuesto a quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen bienes y servicios tendiente a despejar la incertidumbre del consumidor o usuario y a que obtenga una precisión lo más real posible sobre sus derechos y las obligaciones que asumirá. Debiendo ser cierta, objetiva, veraz, detallada, eficaz, suficiente y adecuada. Derecho constitucional y legal del consumidor o usuario que le posibilita una decisión selectiva fundada en un marco de mayor libertad”²⁰⁹ .

El consentimiento, entendido como aquel acto voluntario realizado con discernimiento, intención y libertad, no posee en la relación de consumo la misma significancia que adquiere en una relación contractual entre sujetos en situación de igualdad. Este mal llamado consentimiento, es en realidad un asentimiento, puesto que jamás el consumidor puede adquirir o sostener una situación de paridad e igualdad de comprensión con su proveedor. Todo consumidor se limita a efectuar una asunción de riesgos, sea cual fuere el bien o servicio que adquiere, que hayan sido debidamente informados por el proveedor con anterioridad.

En lo que respecta al consentimiento teórico brindado por el consumidor respecto de la disposición de los datos que a él se refiere, sólo puede ser ejercido de manera correcta, si se le ha provisto al consumidor de la información suficiente al respecto de cómo, dónde, cuándo, etc., se van a procesar, conservar, y disponer de sus datos, una vez provistos, en qué bases de datos, quiénes son sus propietarios y en qué condiciones se almacenan. Sólo a través de una información completa y no genérica, puede el consumidor ejercer

²⁰⁹ GHERSI, Carlos A.: *Diccionario de Términos Jurídicos Más Usuales*, 2da. Edición, Buenos Aires, La Ley, Año 2009.

plenamente su autodeterminación informativa; ya que de otro modo se la estaría vulnerando.

El consumidor tiene derecho a recibir la información relativa al procesamiento de sus datos, que sea necesaria y suficiente para la toma de su decisión, a entenderla acabada y claramente. Y a su vez, tiene derecho a ser informado de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión y competencia, lo cual en lo referente al procesamiento de datos reviste de importancia cardinal, ya que esta actividad es compleja desde el punto de vista técnico-profesional.

El usuario a la hora de brindar sus datos, debe entender acabadamente lo que se le está informando, por lo cual es fundamental detectar con anticipación cuál es la extensión de esa comprensión, cuál es su capacidad de comunicación y razonamiento sobre las alternativas posibles y si tiene valores para poder juzgar.

En el caso del procesamiento de datos personales de los usuarios y consumidores, el consentimiento de estos últimos extiende su eficacia hasta aquellos actos u operaciones que fueron adecuadamente informadas al usuario, deber de información que no cede en ningún supuesto. Sólo la información cierta, acabada, detallada y precisa respecto de las operaciones a realizar sobre los datos del usuario y quiénes concretamente van a efectuarlas y bajo qué condiciones, permite afirmar que el proveedor ha evidenciado diligencia a la hora de informar, y solamente allí el consentimiento del usuario es válido.

Las autorizaciones formularias de tipo genérico que suelen utilizarse en el campo virtual y analógico (soporte papel o electrónico), en el que el usuario consiente la realización de cualquier tipo de actividad sobre sus datos, hasta la cesión de los mismos, las que no particularizan la extensión, condiciones y características de sus operaciones como así tampoco la identificación unívoca de sus responsables, son de carácter ineficaz.

Sólo el cumplimiento exhaustivo del deber de información por parte del proveedor permite al usuario ejercer la autodeterminación informativa que merece sobre la disposición de sus datos.

La carencia o la deficiencia informativa generan una responsabilidad de carácter objetivo y autónomo, independientemente de si se haya causado un daño o no en la persona del usuario.

Esto resulta así, debido a que es una obligación de tipo legal en la que tan sólo basta con la existencia de su incumplimiento de carácter formal, ya sea por falta o inadecuación informativa, para la generación de dicha responsabilidad.

El fin último tuitivo de este deber consiste en la protección y resguardo de la dignidad humana, como valor y directriz fundamental del actuar profesional en el marco de la relación de consumo, donde se persigue la preservación del derecho a la autodeterminación informativa del usuario, es decir, autonomía de la voluntad e información.

La asimetría informativa es característica de toda relación desigual entre un experto y un profano, y por ende, no es extraña a las relaciones de consumo en las que ya sea de manera principal o accesoria se procesan datos, que estarán contenidos en bases de datos. Esta desigualdad resulta extenderse en las etapas precontractual, contractual y poscontractual, por lo tanto acompaña a toda la extensión y duración de la relación de consumo en la que el usuario o potencial usuario brinde sus datos.

“En la contratación tradicional, el deber de información que se atribuía a las partes — informar por una parte, e informarse, por otra—, se hallaba constituido por una distribución equitativa de cargas informativas, inicialmente precontractuales, que se hallaban conformes con los deberes de cooperación y lealtad debidos y exigibles. Todo ello más allá de afirmarse que ninguna de las partes contratantes asumía apriorísticamente el rol de "garante" del otro en el conocimiento del contenido contractual, por lo que cada una debía situar su deber de información en relación con la diligencia exigible a la otra en el cabal conocimiento de la realidad...”²¹⁰

El desequilibrio informativo entre los sujetos genera una inequidad que debe resolverse, no sólo para evitar la falta de entendimiento o comprensión, sino también, para rehuir conflictos y daños innecesarios, los cuales siempre resultan deseconómicos.

Ni lo económico/mercantil puede prescindir de una mirada contemplativa de lo privado/civil, como tampoco puede una visión fundamentalista y reduccionista soslayar de manera absoluta la realidad económica subyacente.

²¹⁰STIGLITZ, Rubén S.: “Deber de información precontractual y contractual. Deber de Consejo. La cuestión en los contratos paritarios y de consumo”, LA LEY 30/03/2009, 30/03/2009, 1 - LA LEY2009-B, 1085 - *Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales* Tomo IV, 01/01/2009, 543. La Ley.

Resulta económicamente eficiente cargar al proveedor con el deber de informar²¹¹, ya que es este quien cuenta con la información a priori de qué y cómo hará con los datos que se le provea. La información que no es brindada al consumidor referida al tratamiento de sus datos personales, no le otorga al proveedor una ventaja competitiva, por privación de la información al consumidor como ganancia o ahorro de costos, sino que resulta en un riesgo latente a que este último sujeto lo responsabilice por el incumplimiento de ese deber legal objetivo y de la frustración de su derecho de autodeterminación informativa.

El deber de informar, en definitiva, tiene para el proveedor un costo que ya se encuentra contemplado en su ecuación económica. Resulta una obviedad que esa información respectiva al procesamiento de datos, con la que cuenta preliminarmente, y debiera informar al consumidor, es prerequisite para el ejercicio diligente de su actividad profesional con adecuación a los estándares y parámetros científicos actuales que le son exigibles conforme los lineamientos establecidos en la Ley de Protección de Datos Personales, la que exige entre otras cosas del registro de las bases de datos y el cumplimiento de estándares adecuados de seguridad en el procesamiento de datos.

Las normas citadas son frondosas a la hora de establecer la caracterización del deber de información, más no del procedimiento objetivo y estandarizado de adecuación y adaptación informativa que se requiere en el proceso comunicacional que se lleva a cabo en la relación de consumo, para que el usuario pueda informarse y ejercer su derecho de autodeterminación informativa.

²¹¹Lorenzetti, Ricardo L.: *“El deber de información y su influencia en las relaciones jurídicas”*, LA LEY 1990-B, 996 - *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales* Tomo I, 01/01/2007, 1051. La Ley.

III. LA COMUNICACIÓN DE LA INFORMACIÓN EN LA RELACIÓN DE CONSUMO

El concepto de información es entendido de muy diversas formas, adoptando en uno u otro contexto, un significado diverso. La información es una entidad que se puede medir, y a ello se avoca la teoría de la información, cuya aplicación puede orientarse a reducir el grado de incerteza de una determinada información.²¹²

Las ideas de "...que las lenguas son códigos, y la de que comunicarse consiste en codificar y decodificar información -, que gozan de extraordinaria popularidad y difusión pueden resultar útiles en algunos momentos y para algunos propósitos concretos, pero dibujan sólo un esquema muy simplificado de la comunicación. La realidad se encarga pronto de demostrar que las cosas no son tan sencillas..."²¹³

La pragmática, como disciplina, se encarga del estudio de la producción e interpretación de los enunciados. El enunciado es la unidad de su análisis. A esta unidad le asigna componentes materiales: el emisor, el destinatario, el enunciado, y el entorno o situación espacio temporal. Los componentes relacionales del enunciado son: la información pragmática, la intención y la realidad social.

Toda enunciación tiene diferentes aspectos, como la entonación, la intensidad, el ritmo y ordenamiento según el cual se dan los intercambios entre emisor-receptor. En la enunciación tanto un sujeto como otro, puede entender que existan ciertas cosas que no deben ser dichas por innecesariedad.

Todo acto de comunicación humana tiene sustento en un estímulo sensorial que el receptor registra y del cual extrae cierta información, sentido o significado. El acto de habla implica dos operaciones fundamentales. En primer lugar consiste en la selección de ciertos términos en el código, y en un segundo lugar, la combinación de esas unidades en conjuntos más complejos, por lo tanto, cada selección y combinación tiene una

²¹²Link:<http://www.econ.uba.ar/www/departamentos/humanidades/plan97/logica/Legris/apuntes/AP-INFOR.PDF>

²¹³ESCANDELL, M. Victoria: *Introducción a la Pragmática*, Editorial Ariel Lingüística, Barcelona, Año 2008.

característica propia, que es la originalidad, ya que las combinaciones posibles son infinitas.²¹⁴

Todo acto comunicacional produce un efecto, es decir, actúa sobre el receptor modificándolo o modificando su acción a partir de la transmisión de información.²¹⁵ Estudiosos de la ciencia de la comunicación han elaborado modelizaciones del esquema comunicacional.

Conforme al esquema lineal lasswelliano, la comunicación se descompone a partir de preguntas o interrogantes: quién – qué – a través de qué canal y con qué efecto, centrándose por primera vez en el análisis de los efectos y de los contenidos.²¹⁶

El modelo de Shannon, entiende a la comunicación como un proceso de transferencia de información, el cual usó en un modelo físico de las comunicaciones,²¹⁷ y es por ello que le introduce nuevos elementos, hasta su momento no contemplados.

Por lo cual el modelo tiene la intención de desarrollar una comunicación efectiva. Al tomar en cuenta un modelo físico y matemático, con una brillante aplicación de una ciencia al servicio de otra, empieza a comprender lo que simbolizamos bajo el efecto del “ruido” en el canal de comunicación.

El problema fundamental en la comunicación, es la reproducción en un punto de un mensaje aproximado o exacto al original que se ha emitido en otro punto. En pocas palabras, cómo lograr reproducir en cabeza del receptor el mensaje con tendencia cero de incerteza o idéntico a aquel que emitió.

En la relación de consumo, debemos intentar que esa información recodificada por adecuación/adaptación, tenga una tendencia cero respecto a la que impacta en el receptor (consumidor), y a su vez, que estas dos informaciones últimas se aproximen o sean exactas

²¹⁴FERNANDEZ VECCHI, Adriana. CALLEJAS, Alejandro: *Comunicación y Lenguaje*. Año 2011, Bs.As. Link: <http://www.afernandezvecchi.com.ar/index.htm>.

²¹⁵FERNANDEZ VECCHI, Adriana. CALLEJAS, Alejandro: *Comunicación y Teoría de la Información*. Año 2011, Bs.As. Link: <http://www.afernandezvecchi.com.ar/index.htm>

²¹⁶WOLF, Mauro: *Teorias Da Comunicação (título original: TeoriedelleComunicazionidi Massa)*. Editorial Presença. Lisboa, Año 1999.

²¹⁷GALEANO, Ernesto Cesar: *Modelos de Comunicación*. Link: http://www.oficinappc.ucr.ac.cr/HA2073/Modelos_Comunicacin_Humana.pdf

a la información original no revelada del proveedor, a la cual podemos denominar como información en crudo.

El sistema debe ser diseñado de manera tal que cualquiera sea la posible elección de un conjunto de mensajes, esta equiparación con tendencia cero de incerteza, funcione.²¹⁸

Conforme el modelo cibernético, circular retroactivo o de Wiener, se explica el intercambio informativo a través de la retroalimentación o feedback, como autorregulación y control antrópico.²¹⁹ La comunicación se restringe en esta teoría a la utilización de símbolos, que se entienden como informativos más que comunicativos. Para que se dé el acto comunicacional, se requiere un sistema de signos compartidos (código común), un codificador quien hace algo público por medio de la utilización de ese código y un decodificador quien responde sistemáticamente a ese código.

Postura opuesta a la citada, sostuvo Watzlawick, quien explícitamente no distinguía entre comportamientos simbólicos o expresivos como fuentes de información en la comunicación. La concepción de Wiener se basa en la comunicación no verbal.²²⁰

En la relación de consumo, máxime cuando están involucradas tareas de procesamiento de datos, podemos sostener que el código que posee el proveedor no es el código que posee el usuario, por ser este un lenguaje especializado o científico (procesamiento informatizado de datos como actividad profesional y científica experta), resultaría imposible la decodificación entre estos sujetos, salvo que el usuario sea otro experto en el procesamiento de datos. Por lo tanto, el proveedor conforme a su criterio y conveniencia, es el que elige cuál es el código que cree que su usuario o consumidor decodifica o le conviene decodificar para proceder a consentir tal procesamiento de datos, y de ese modo traduce internamente su mensaje científico, en uno codificado conforme al sistema de símbolos que maneja su receptor o que considera que este maneja.

²¹⁸SHANNON, Claude Elwood: *A Mathematical Theory of Communication*, *The Bell System Technical Journal*, Vol. 27 July, October, EEUU, 1948.

²¹⁹GIL, Luz Estella: *Material de estudio: Investigación de la Comunicación de Masas. Para la Carrera de Comunicación*, Pontificia Universidad Javeriana, Cali. Año 2006. Link: http://drupal.puj.edu.co/files/OI002_Luz%20Stella.pdf

²²⁰KRAUSS, Robert M., FUSSELL, Susan R. : *Social Psychological Models of Interpersonal Communication*. Columbia University and Mississippi State University. To appear in E.T. Higgins & A. Kruglanski (Eds.), *Social Psychology: Handbook of Basic Principles*. New York: Guilford Press. Año 2001.

Por lo tanto, al igual que en la cibernética, lo fundamental es la reducción de la entropía en este acto.²²¹ El feedback o retroalimentación, le permitirían a las partes acceder a una comunicación más precisa o menos inexacta. Pero en la relación de consumo, si bien el feedback es necesario, vital y básico, no siempre ocurre o tiene el interés que merece por parte de los sujetos de la relación, el feedback para el proveedor es ciertamente deseconómico en la lógica de mercado que maneja.

Cuando el usuario recibe un mensaje que produce una alteración en su sistema de referencia²²², se produce en él un desajuste, una disonancia, que va a intentar resolver reajustándose a ella hasta que esa tensión desaparezca.

Como hemos visto en los dos últimos modelos de comunicación, resulta de especial importancia considerar los efectos del ruido o rumores, en el proceso de comunicación en el marco de la relación de consumo. Esto resulta así, puesto que el ruido redundante en una alteración del mensaje original transmitido, el que deberá ser depurado por el usuario, quien en la medida de lo posible intentará retrotraer el mensaje al estado anterior a la incorporación del ruido. En materia de procesamiento de datos, ello por lo general conduce a la aceptación del usuario, a la preconcepción del mismo de las tareas que se realizarán sobre sus datos y a la ingenua visión de las limitaciones de la extensión del consentimiento prestado.

En la teoría de comunicación de Shannon, durante la transmisión o bien en la terminal de recepción del mensaje, la señal puede verse perturbada por la aparición de ruido o distorsión. Mientras que la distorsión es una operación de carácter fijo aplicada a la señal, el ruido involucra perturbaciones impredecibles. La distorsión, en principio, podría ser corregida con la aplicación de la operación inversa, mientras que una perturbación fruto de ruido, no siempre puede ser removida, debido a que la señal no siempre atraviesa el mismo cambio durante su transmisión. El receptor, opera en la señal recibida e intenta reproducir de ella el mensaje original. Ordinariamente, alcanza esto realizado la operación matemática

²²¹WIENER, Norbert. *Notes On Cybernetics, Interdisciplinary Models, and Wiener's Work in the Life & Social Sciences*. Link: <http://ssit.ieeevic.org/attachments/article/87/NotesOnCyberneticsInterdisciplinaryModelsWienersWorkInLifeandSocialSciences.beta%20%281%29.pdf>

²²²FERNANDEZ VECCHI, Adriana. CALLEJAS, Alejandro: *Transmisión de la Información*. Año 2011, Bs.As. Link: <http://www.afernandezvecchi.com.ar/index.htm>

inversa a la del emisor, aunque esta puede diferir relativamente para adaptarse a los fines de combatir el ruido.²²³

En la relación de consumo, el usuario desconoce cuál es la operación inversa que le permitiría retrotraer al mensaje con ruido al estado de mensaje original transmitido por el proveedor, porque desconoce cuál ha sido la operación de codificación que ha utilizado su emisor.

Si bien el primer ruido intrínseco e inevitable de la relación de consumo, es el ruido técnico que provoca que el proveedor posea per se un lenguaje técnico científico diverso al código que maneja el consumidor, este no es impredecible porque es un hecho previo y conocido, y resulta subsanable, pero no del modo en que dicta la norma.

El interrogante a resolver en este plano es el cómo en la conversión de ruido técnico en una distorsión descifrable diseñada en la medida individual de cada consumidor. No es la Ley la que debe arrogarse el derecho de delimitar esa medida en términos vagos, ambiguos e imprecisos. Es el usuario el que debe tener en sus manos el poder para determinar la medida del método de distorsión que está dispuesto a aceptar, porque su derecho de autodeterminación informativa se encuentra en jaque.

La norma, con su severidad, le quita al proceso comunicacional lo más valioso y trascendental del mismo, que es su dinamismo, y lo castiga con una estaticidad extraña al mismo privando de derechos y generando obligaciones de manera innecesaria.

Por terminología entendemos a un conjunto de términos que representa el sistema de conceptos en una materia específica. Los lenguajes especializados, entre ellos el de la actividad profesional que resulta el procesamiento informatizado de datos, no son fenómenos totalmente independientes del lenguaje común, ya que la comunicación general y especializada coexiste en un mismo terreno y utilizan las mismas reglas y procesos.²²⁴

El autor Sager entiende la justificación de la inclusión de definiciones en tres amplios objetivos que generan a su vez, tres tipos de definiciones. En primer lugar, la definición de

²²³SHANNON, Claude E.: *Communication in the Presence of Noise*, Classis Paper. EEUU, Año 1949. Link: <http://www.stanford.edu/class/ee104/shannonpaper.pdf>

²²⁴SEIBEL, Claudia: *La Codificación de la información pragmática en la estructura de la definición terminológica*. Tesis Doctoral, Departamento de Traducción e Interpretación, Universidad de Granada, Año 2002.

un término se requiere para ubicar a este en la estructura apropiada del saber, es decir, comprender las características esenciales de la intensidad o delinear la extensión por referencia con otros términos. Su correlato es la definición terminológica. En segundo lugar, la definición se necesita para arreglar el significado especializado o técnico de un término, que se colige con la definición de intensidad del término. En tercer lugar, la definición se requiere para brindarle al no especialista, al lego, algún nivel de entendimiento del término, y este tipo de definición puede llamarse enciclopédica. Este tipo de definición frecuentemente utiliza un método de síntesis combinado con sinonimia, como sea apropiada y posible, cuando palabras del lenguaje común o general son utilizadas para parafrasear un ítem de especial referencia.

El lenguaje característico de las definiciones enciclopédicas intenta reflejar el conocimiento científico y de carácter objetivo que se tiene de la realidad descrita. Se encuentra construida con palabras que intentan describir una realidad. Su objeto tiene una naturaleza muy concreta, y tiene carácter científico ya que se la utiliza para describir un término específico de una ciencia determinada, utilizando una combinación de términos científicos con otros vulgares. Todo lo cual permite el establecimiento de una relación suficiente entre el significado léxico y la experiencia de la realidad que le corresponde.

*“De hecho, no es posible sustituir una definición enciclopédica por una de carácter estrictamente lingüístico, sin perder información y precisión, como tampoco es posible sustituir una definición enciclopédica por una definición divulgativa, sin que la definición pierda en exactitud y rigor científico”*²²⁵

Sager, siguiendo con la categorización previa, efectúa un análisis fundado en la necesidad de cada sujeto al cual va dirigida una definición. El terminólogo requiere una definición contextualizada para compilar terminologías y proponer nuevos términos. El traductor especializado sólo necesita una definición del lenguaje equivalente al que desea acceder, únicamente en la medida en la que no confíe la herramienta de referencia que utilice.

El especialista en la materia conoce el concepto que desea utilizar y sólo necesita un recordatorio de la estructura terminológica existente de su materia para la verificación y creación terminológica. Sin embargo, el no especialista necesita una explicación en la

²²⁵ANAYA REVUELTA, Inmaculada: *La definición enciclopédica. Estudio del léxico ictionímico*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, R. B. Servicios Editoriales, Año 1999.

forma de una definición enciclopédica, ya que no podría beneficiarse de ningún otro tipo de definición.²²⁶ Esta última afirmación se colige de manea perfecta, para quienes acordamos con esta teoría, con la situación informativa en la que se encuentra inmerso el usuario.

El consumidor se beneficiaría del mejor modo por medio de una definición o conjunto de definiciones de tipo enciclopédico que compongan el cúmulo de información que solicitó le sea brindada, para poder comprender acabadamente el cúmulo de actividades y condiciones a las que estarán sometidos los datos personales que este brinde.

Si bien esto último parece análogo a las características de necesidad, suficiencia, adecuación y claridad que exige la ley en sentido genérico en toda la regulación que ya hemos visto, no resulta ser así por el siguiente motivo. El sujeto que determina la medida de necesidad, suficiencia, adecuación y claridad en el modelo que se propone, es el mismo usuario, por lo tanto la adecuación debe realizarse partiendo del paradigma del máximo entendimiento posible – la definición enciclopédica.

El consumidor como sujeto tutelado, merece recibir esa caja negra²²⁷, que es la información que requiere para poder ejercer su autodeterminación informativa. Merece recibir la totalidad de la información relativa al procesamiento de sus datos; ni la necesaria, ni la suficiente, ni la adecuada. La información como una entidad objetiva, debiera ser transferida al consumidor en su totalidad bajo la premisa de que todo lo conocido le sea brindado. Ningún otro sujeto más que el propio consumidor, debe determinar qué es innecesario, qué es excesivo, qué inadecuado. Garantizarle al consumidor el mejor proceso informativo, de síntesis y sinonimia personalizado e iterativo, es una deuda histórica, que ni los más avanzados textos normativos locales ni globales han logrado. El consumidor debe ser verdaderamente libre y autónomo, y sólo así podrá ejercer su libertad y autonomía, y en lo relativo a su información, su autodeterminación informativa.

²²⁶ SAGER, Jhon C.: *A practical course in terminology processing*. John Benjamins Publishing Company. Año 1996: "...The non-specialist needs an explanation in the form of an encyclopaedic definition as he would not benefit from any other type of definition...."

²²⁷FOUREZ, Gérard. ENGLEBERT-LECOMPTE, Véronique. MATHY, Philippe: *Saber sobrenuestrossaberes – unléxicoepistemológico para la enseñanza*. Ediciones Colihue, Buenos Aires, Año 1997: "El concepto de caja negra es comúnmente utilizado para designar un aparato, un útil o un producto... del cual por el momento no nos interesa la estructura o el funcionamiento interno, pero cuyo modo de empleo y los resultados, producto de su funcionamiento, sí nos interesan (se sabe lo que entra, o que sale, pero no cómo se hace esto). ...".

Este proceso de síntesis y sinonimia progresivo, que parte de la premisa del mayor nivel de entendimiento posible, requiere de buenos hábitos comunicacionales, como el mencionado feedback o retroalimentación. Sin ella, el proveedor no podría más que guiar autoritariamente y unilateralmente el proceso adaptativo del mensaje. El proveedor debe atender a este circuito comunicacional y reiniciarlo cuantas veces fuere necesario. Con el objetivo primario de alcanzar, ante todo, la menor pérdida de información, precisión, exactitud y rigor.

“El Principio de Cooperación se concreta... en las llamadas máximas de la conversación; a saber: máxima de Cantidad, máxima de Calidad, máxima de Relación y máxima de Manera. Estas máximas no hemos de entenderlas como normas prescriptivas, sino como esquemas [morales] descriptivos de la situación ideal, que condicionan el acto informativo. ...:

La máxima de cantidad se formula así:

a) Haz tu contribución lo informativa que sea preciso en el intercambio.

b) No hagas tu contribución más informativa de lo necesario.

Esta máxima tiene que ver con la cantidad de información que es la adecuada en una situación dada.

La máxima de calidad... Se condensa en “Procura que tu contribución sea verdadera”, desglosable en:

a) No digas lo creas que es falso.

b) No afirmes lo que conozcas insuficientemente.

Máxima de relación: “Sé pertinente”. Es decir, habla de lo que es el tema de la conversación, y, por lo tanto, de lo que esperan que hables los que intervienen en ella.

Máxima de manera: “Sé claro”. Esta máxima tiene que ver con el modo de decir las cosas para que sean fácilmente percibidas. Para ello:

a) Evita la oscuridad.

b) Evita la ambigüedad.

c) Sé breve.

d) Sé metódico.

*Estos principios reguladores deben entenderse activos en un estadio neutro exigible, cuya aceptación axiomática, como punto de partida, es de gran ayuda a la hora de valorar el comportamiento interpersonal en las relaciones lingüísticas, pero son en exceso optimistas o ideales.*²²⁸

Estas máximas griceanas son conocidas por la generalidad de los sujetos, ya sea de manera intuitiva o por aprendizaje. Si bien la relación de consumo debe ser cooperativa, la realidad nos muestra lo contrario; es por ello que estas máximas no deben ser, cómo sostiene Kent Bach, generalizaciones sociológicas del discurso, como tampoco prescripciones morales o proscipciones sobre qué decir o comunicar.²²⁹

Todo ello sumado a que “...*el conocimiento anterior es imprescindible para un correcto equilibrio entre lo que el hablante ha de decir y lo que puede presuponer como compartido con su interlocutor a raíz de situaciones y/o conversaciones previas*”.²³⁰

“...*otros factores como el conocimiento previo (backgroundknowledge) y el conocimiento mutuo entre los interlocutores, aparecen como relevantes en la dirección que toman los diálogos*”.²³¹

Las máximas de Grice, han sido con el tiempo superadas y recreadas por numerosos autores. Dichas máximas se engloban en varios grupos:

²²⁸ ZAMORA, Ricardo Escavy: *El principio de cooperación y las violaciones antagónicas*. Universidad de Murcia. Beatriz Gallardo, Carlos Hernández y Verónica Moreno (Eds): *Lingüística clínica y neuropsicología cognitiva*. Actas del Primer Congreso Nacional de Lingüística Clínica. Vol 3. Lingüística interaccional en ámbitos de salud, coord. por B. Gallardo y E. Serra. Valencia: Universitat. Año 2006.

²²⁹ BACH, Kent: *The top ten misconceptions about implicature*. San Francisco State University, *Drawing the boundaries of meaning: neo-Gricean Studies in pragmatics and semantics in honor of Laurence R. Horn*, Editorial Jhon Benjamins B.V., Año 2006.

²³⁰ YUS RAMOS, Francisco: *Cooperación y Relevancia. Dos aproximaciones pragmáticas a la interpretación*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Edición Electrónica Espagráfica, Año 2003.

²³¹ YUS RAMOS, Francisco: *Cooperación y Relevancia. Dos aproximaciones pragmáticas a la interpretación*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Edición Electrónica Espagráfica, Año 2003.

“a) reglas de consonancia o conformidad (consonance rules), cuyo propósito principal es que el contenido y las actitudes proposicionales indicadas de forma convencional por el enunciado coincidan con lo que el hablante está diciendo.

b) reglas de sinceridad (sincerity rules), parecidas a la máxima de calidad de Grice.

c) reglas de solidaridad (communality rules), que distinguen entre la comunicación que buscan establecer lazos comunes entre los interlocutores, y la comunicación que acentúa las disparidades entre las creencias de los interlocutores.

d) reglas de externalización (externalisation rules), que se refieren a cómo hacer públicas nuestras creencias e intenciones.”²³²

Esto último resulta un avance respecto de lo sentado por Grice, ya que introduce protagónicamente al oyente/receptor, en el esquema comunicacional, admite la idea que estas máximas puedan quebrarse sin justificar su ruptura en el mismo esquema que sostiene que la máxima se cumple aunque incumplida, y resalta el valor del conocimiento recíproco y previo entre las partes.

A modo de resumen, la presunción jurídica de que el consumidor sólo requiere información necesaria, suficiente, adecuada, etc., resulta una generalización sesgada, arbitraria y anquilosada. Desde ya, nada se debate respecto de los atributos de veracidad y objetividad, no obstante, todo otro atributo de tipo no absoluto que permite una graduación, cual es la necesidad, claridad, suficiencia, adecuación, certeza, no puede ser unilateralmente determinado, máxime cuando es probado que la medida subjetiva de estas cualidades serán diferentes para cada sujeto de la relación de consumo, ya que poseen intereses y preocupaciones diversas. La necesidad, suficiencia, claridad, adecuación, etc, significan valores diferentes para el proveedor y para el usuario, no obstante quien detenta el monopolio informativo es el proveedor, y quien conforme al sistema normativo actual, determina la medida de los caracteres de la información brindada.

²³² YUS RAMOS, Francisco: *Cooperación y Relevancia. Dos aproximaciones pragmáticas a la interpretación*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Edición Electrónica Espagráfica, Año 2003.

Frente a ello, es el usuario el que debe poder ejercer su autodeterminación informativa, por lo cual el proveedor se encuentra indefectiblemente obligado a brindar una información total respecto del tratamiento que efectuará de los datos personales de los usuarios.

IV. USUARIOS DE BASES DE DATOS, PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y DEBER DE INFORMACIÓN. AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA.

A partir de la masificación del acceso a las aplicaciones prácticas de las ya establecidas y reformuladas como nuevas tecnologías, y la generalización del tratamiento informatizado de datos (Art. 2 – Ley 25.326), se erige la necesidad jurídica de regulación de una actividad que se considera, conforme al nuevo paradigma tuitivo, en potencialmente riesgosa para sus sujetos pasivos – titulares de los datos objeto de tratamiento informatizado.

La Ley de Protección de los Datos Personales vigente enuncia por objeto “la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos...”, al mismo tiempo que establece su aplicabilidad en cuanto resulte pertinente, a los datos relativos a personas de existencia ideal, efectuando la enunciación expresa de la no afectación de bases de datos o fuentes de información periodísticas (Art. 1 – Ley 25.326 – Reglamentación de la Ley 25.326 Art 1°). El objeto de protección de la norma es amplio y referido a la actividad riesgosa que representa el “banco de datos” en sí mismo.

La Ley 25.326 focaliza su eje protectorio en el derecho humano fundamental que posee el titular del dato que se asienta en el “banco de datos” informatizado, derecho de origen constitucional implícito, a saber, el de autodeterminación informativa²³³(Art. 33 – Constitución Nacional y Art. 43 – Constitución Nacional).

²³³BAZÁN, Víctor: “*El hábeas data como proceso constitucional autónomo. Protección del derecho a la autodeterminación informativa*”. Publicado en: LA LEY 21/11/2012, 21/11/2012, 1 - LA LEY 21/11/2012, 1 - LA LEY 2012-F, 1052: “...El derecho fundamental a la autodeterminación informativa,....Tiene por objeto tutelar la información personal íntima y no íntima frente a su utilización incontrolada o disfuncional. ...”.

*“El derecho fundamental a la autodeterminación informativa, como bien jurídico tutelado por el hábeas data, es un derecho autónomo, con una doble dimensión: sustancial, como derecho en sí mismo, esto es, con materialidad propia; e instrumental, es decir, como soporte para la cobertura protectora de otros derechos, inter alia, los de intimidad, honor, dignidad. Tiene por objeto tutelar la información personal íntima y no íntima frente a su utilización incontrolada o disfuncional.”*²³⁴

La doctrina ha dicho respecto de la acción constitucional de hábeas data: *“Es sabido que actualmente la casi totalidad de las personas se encuentran registradas en un archivo, base o banco de datos y la evolución de las tecnologías modernas genera el tratamiento de la información colectada, que implica no sólo el almacenamiento sine die de los datos obtenidos, sino su relación, evaluación, bloqueo, destrucción, entrecruzamiento y cesión a terceros, con total y absoluto desconocimiento del titular de los datos personales.- ...La protección de los datos personales configura una impronta real y jurídica, con características variadas, atendiendo a diversas manifestaciones, que deben ser consideradas especialmente para no frustrar su tutela; por ende, su garantía, el hábeas data, es un instrumento multidireccional que tiende a resguardar la siguiente pluralidad de derechos: a la intimidad, a la privacidad, a la autodeterminación informativa, a la verdad, a la identidad, al honor, al patrimonio, a la imagen, a la voz, a la información, y en definitiva, a la dignidad humana y consecuentemente, consideramos que aquélla debe funcionar como garantía instrumental polifuncional tendiente a tutelar los aludidos derechos.”*²³⁵

A su vez, complementa este sistema tuitivo la asimilación del titular del dato a la categoría de consumidor, ya que resulta naturalmente usuario del “banco de datos” en el que se asienta, mereciendo la debida tutela a su seguridad e intereses económicos, información y libertad de elección (Art. 42 – Constitución Nacional y Arts. 4,5, 8 bis, 37, 38, 39 y 40 Ley 24.240). Todo sujeto que brinda datos, automáticamente se convierte en usuario de la base datos en la que se asientan dichos datos, por lo que se hace merecedor de la tutela que provee el plexo normativo de protección de los consumidores.

234BAZÁN, Victor: *«El hábeas data como proceso constitucional autónomo. Protección del derecho a la autodeterminación informativa»*. Publicado en: LA LEY 21/11/2012, 21/11/2012, 1 - LA LEY21/11/2012, 1 - LA LEY2012-F, 1052.

235 MASCIOTRA, Mario: “El controvertido ámbito de aplicación de la ley de protección de datos personales.” Publicado en: LA LEY 29/02/2008, 29/02/2008, 3 - LA LEY2008-B, 166.

La responsabilidad en este sistema es objetiva fundada en que la actividad económica en sí misma es riesgosa, y así lo reafirma el Art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor conforme el Artículo que se incorporase a ella en el año 1998 (Ley 24.999). Independientemente que la redacción primigenia de dicho artículo fuere ideada en su aplicabilidad a bienes tangibles (productos y servicios), bien podría efectuarse un paralelismo respecto del tratamiento informatizado, sus sujetos, ejemplificación de sus actividades enumerables, y el establecimiento del factor de atribución de responsabilidad de carácter objetivo y solidario.

La Ley de Protección de Datos Personales brinda en su Art. 2 definiciones clave o un sistema de referencia para su propio sistema normativo. Define a los “datos personales” como la “Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables.”, y a los “datos sensibles” como los “Datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.”²³⁶ Respecto de estos últimos establece adicionalmente que ninguna persona puede ser obligada a proporcionarlos, que únicamente pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizados por ley o con finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares, y se prohíbe la formación de bancos que almacenen información que indirectamente revele datos sensibles (Art. 7 – Ley 25.326).

Por medio del Art. 21 de la Ley 25.326, se establece la obligatoriedad de la inscripción en el registro de archivos de datos, que se encuentra a cargo de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (órgano de control).

En lo referente a la seguridad de los datos, compatible con el deber de seguridad de la regulación consumerista, la Ley 25.326 establece que “el responsable o usuario del archivo de datos debe adoptar las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales,...” y la prohibición de “registrar datos personales en archivos, registros o bancos que no reúnan condiciones técnicas de integridad y seguridad.” (Art. 9 – Ley 25.326). El Decreto 1558/2001 establece

²³⁶TRAVIESO, Juan Antonio MORENO, María del Rosario: “*La protección de los datos personales y de los sensibles en la ley 25.326*”. Publicado en: LA LEY 14/07/2006, 14/07/2006, 1 - LA LEY2006-D, 1151: “...el carácter de "sensible" de un dato y las consecuencias que de ello deriven, dependerán por completo del contexto específico de su tratamiento....”

como reglamentación del artículo ante citado que “La DIRECCION NACIONAL DE PROTECCION DE DATOS PERSONALES promoverá la cooperación entre sectores públicos y privados para la elaboración e implantación de medidas, prácticas y procedimientos que susciten la confianza en los sistemas de información, así como en sus modalidades de provisión y utilización.”.

En cumplimiento de dicha función la Disposición 11/2006 aprueba las “Medidas de Seguridad para el Tratamiento y Conservación de los Datos Personales Contenidos en Archivos, Registros, Bancos y Bases de Datos Públicos no estatales y Privados”, y a tales fines establece la obligatoriedad para los “responsables registrados” un “Documento de Seguridad de Datos Personales” como “instrumento para la especificación de la normativa de seguridad, el que deberá adecuarse en todo momento a las disposiciones vigentes en la materia dictadas por la DIRECCION NACIONAL DE PROTECCION DE DATOS PERSONALES” y “TRES (3) niveles de seguridad: BASICO, MEDIO y CRITICO, conforme la naturaleza de la información tratada ...” (Disposición 11/2006 Considerando). Las medidas de seguridad de nivel básico serán de aplicación a las bases de datos que contengan datos de carácter personal, las de nivel medio a las bases de datos de las empresas privadas que desarrollen actividades de prestación de servicios públicos, así como aquellas que cumplan una función pública y/o privada que deban guardar secreto de la información personal por expresa disposición legal, y las de nivel crítico a las bases de datos que contengan datos personales definidos como datos sensibles, a excepción de aquellos que deban efectuar el tratamiento de dichos datos para fines administrativos o por obligación legal (no obstante lo cual, no se los excluye de contar con medidas adecuadas de resguardo).

Se puede concluir a simple vista que jurídicamente este sistema normativo en particular no puntualiza una desconfianza natural formada sobre la protección de datos, lo que permitiría que los usuarios ejerzan plenamente su derecho de autodeterminación informativa. Las normas citadas resguardan el dato, el derecho de su titular, y la seguridad en su tratamiento a estos fines, pero no tutelan activa, dinámica y preventivamente los datos en todas aquellas tareas rutinarias que se efectúan dentro de la actividad lícita y reglamentaria misma que implica su tratamiento informatizado en todo el ciclo de vida del mismo, aun cuando este tratamiento se ajuste a los máximos estándares de seguridad establecidos normativamente (nivel crítico).

A su vez, se avizora que las definiciones y la terminología jurídica por ley establecida, distan de las definiciones y terminologías que se utilizan en el ámbito técnico para la misma área de aplicación – tratamiento informatizado de datos. Como consecuencia, este alejamiento conceptual de la práctica técnica si bien contempla tuitivamente escenarios propios de los derechos personalísimos (Ley 23.592 – Actos discriminatorios), no deja traslucir un concepto técnico de sensibilidad que trasciende estas limitantes, y se enfoca en un paradigma casualmente coincidente con el paradigma vigente en el moderno derecho de daños. A saber: dato sensible como todo dato con potencialidad dañosa.

Para un pleno ejercicio de la autodeterminación informativa de los usuarios, se propone el desarrollo de un perfeccionamiento cooperativo e interdisciplinario técnico-jurídico, con miras a la complementariedad regulatoria del régimen vigente de privacidad de datos, sugiriendo la reinención terminológica de ciertas categorías y la introducción estandarizada de prácticas técnicamente actualizadas y eficaces de seguridad de datos con teleología preventiva.

La calificación de dato sensible desde el punto de vista jurídico no es coincidente con la definición de sensibilidad técnica de un dato. Esto no resulta soslayable, cuando el marco normativo que se aplica a un campo de acción determinado (tratamiento informatizado de datos) introduce terminología homónima para conceptos disímiles, obligatoria para sujetos que deberán manejar dos estándares (jurídico-técnico) disímiles. En definitiva, la Ley debiera mantener una congruencia y uniformidad terminológica con el campo de realidad técnica al cual accede y regula.

Dado que el concepto de dato sensible que establece la Ley 25.326 se relaciona con aspectos personalísimos de las personas, referirnos a estos como “datos personalísimos” no resultaría del todo inadecuado, puesto que esta simple modificación permitiría la introducción de un nuevo concepto aggiornato y avanzado a nivel mundial de “dato sensible” al mismo tiempo que elevaría el estándar de protección técnica en lo referente a la seguridad de datos que merecen los “datos sensibles” como categoría ampliada de datos.

La importancia de la protección de estos “datos sensibles”, en virtud de la nueva categorización que se propone de tipología abierta,²³⁷ redundaría en su sensibilidad entendida como capacidad de producir daños o potencialidad dañosa.

El “dato sensible” al cual se referirá de aquí en adelante, es el dato sensible desde el punto de vista técnico y no jurídico conforme a la definición legal vigente, y tiene que ver con la capacidad de identificar plenamente a la persona como centro de rotación de todos los datos identificatorios. Esto último permite la realización de procedimientos no autorizados sobre la información de las personas, basados en la capacidad de identificación perdurable de las mismas personas en todo otro lugar donde se pueda acceder a su información relacionada.

La Ley de Protección de Datos Personales no ahonda en procedimientos técnicos idóneos de seguridad aplicables o estándares procedimentales requeridos, y así lo refleja claramente la calidad de preguntas que realizan los formularios de registración de bases de datos en lo respectivo a las medidas de seguridad de cada uno de los niveles de seguridad establecidos.

Las preguntas vislumbran en líneas generales la preocupación técnica de la norma, que radica en la idea del resguardo de los datos en tránsito, y en la concentración de la información almacenada. Lo cual desde el punto de vista técnico, significa regular en consideración a la posibilidad de generalización de un caso individual, lo cual desde lo jurídico se materializa a través de la protección de la masa de información almacenada. Por todo lo cual, se evidencia que este sistema normativo vigente no genera soluciones a situaciones de tipo instantáneo ni preventivo, mientras se desarrollen actividades lícitas potencialmente riesgosas con los datos técnicamente sensibles contenidos en dichas bases de datos.

Desde el punto de vista jurídico, se puede afirmar que independientemente a los estándares establecidos normativamente, por extensión del deber de seguridad o indemnidad como obligación tácita y principal derivada del deber de buena fe y el principio general del derecho de “alterum non laedere”, lo que resulta relevante es que la seguridad de la

²³⁷MASCIOTRA, Mario: “*El hábeas data cancelatorio de datos sensibles*”. Publicado en: LLBA2008 (setiembre), 827: “...Es sabido que la interconexión de información permite que datos que individualmente no tienen mayor trascendencia al unirlos a otros pueden configurar un perfil determinado sobre una o varias características del individuo, que éste tiene derecho a preservar y a exigir que permanezcan en su ámbito de privacidad. ...”

información técnicamente sensible para su titular sea resguardada y asegurada en todo circuito exterior al propio sistema en cual confía este, para el sano mantenimiento de la elevadísima informatización que tiene nuestra sociedad.

En adición a esto último, la ley ni sus reglamentaciones deberían contemplar excepciones ni graduaciones a los niveles de seguridad técnicos requeridos, ya que esto implicaría jurídicamente un derecho discriminatorio a la seguridad de datos para sus titulares, punto debatible que este trabajo dejará latente como interrogante jurídico a examinar.

Los consumidores presumen el máximo grado de seguridad de sus datos y en base a ello, ejercen su derecho de autodeterminación informativa. En definitiva, lo hacen sobre los basamentos errados, confiando equívocamente en una idea ingenua de seguridad integral de los datos que provean, deciden así brindarlos. Si esta seguridad de datos fuese en verdad integral y eficiente, los consumidores estarían ejerciendo plenamente su derecho de autodeterminación informativa.

El sujeto responsable o relevante en lo que respecta a la infracción al deber de seguridad de datos en archivos o bases de datos, será todo sujeto que tenga capacidad de transaccionar ventajosamente con el conocimiento de esa información en desmedro de su titular y sin consentimiento de éste.

Dado que hoy en día ya prácticamente no existe aquello que se denominaba tutoría física del dato, modalidad en la cual fue inspirada históricamente la Ley 25.326 del año 2000, se debe reconsiderar el nuevo escenario tecnológico que posee el tratamiento informatizado de datos - la virtualización del almacenamiento, explotación y consumo de datos. El lugar físico del dato ha mutado en el presente al lugar de acceso centralizado a los datos a partir de la virtualización del almacenamiento de los mismos.

A su vez, deberían considerarse los cambios en el marco de explotación económica de las actividades relativas al tratamiento y seguridad de datos técnicamente sensibles, siendo que por razones de eficiencia económica los aplicativos desarrollados al efecto se realizan con una mezcla de personal propio y más generalmente con terceros proveedores, más aún con un contexto geográfico elástico, debido a que la globalización también ha alcanzado a estas prácticas.

En lo referente a la opción de protección de los datos técnicamente sensibles, por medio de las consideraciones formularias del registro de bases de datos, la norma se ha pronunciado en pos de la técnica de encriptación. Ejemplos de ello lo configuran las consultas que interrogan acerca de la encriptación de los datos cuando se trasladen o realicen copias de resguardo de la información, y la encriptación de los datos de carácter personal que se transmiten a través de redes de comunicación.

Sin embargo, y a pesar de que la encriptación constituye una técnica adecuada para la protección y seguridad de datos bajo resguardo o traslado, no es la única ni la más idónea o plausible para todos los supuestos. La encriptación generalizada conlleva un altísimo costo que no todas las organizaciones empresarias son capaces de afrontar, al mismo tiempo que no se erige como la más idónea y estandarizable para todo supuesto, específicamente y en lo que la ley nada dice, al respecto del uso de estos datos para prueba de aplicativos y la construcción de ambientes seguros de testeo y por otro lado su uso en la construcción de bases de datos para explotación analítica.

El presente trabajo propone la introducción estandarizada de la práctica que aquí se indicará como “desensibilización técnica de los datos”, cuyo principio rector será la práctica de utilización de datos, transporte y conservación de los mismos privados de elementos identificatorios y referenciales de la persona tutelada por la norma. El esquema que se propone es la utilización de la información una vez sustituidos los elementos identificatorios y referenciales manteniendo la morfología de dicha información y su capacidad de procesamiento.

La idea que se procura introducir es la de un cambio de paradigma del uso de los datos identificatorios y referenciales en la actividad del procesamiento y tratamiento informatizado de los mismos; sin la necesidad de realizar cambios en el mercado actual, puesto que el resultado final obtenible en términos de mercado sería el mismo, pero evitando exponer al sujeto en los análisis previos conservando sus características de interés comercial luego de la pertinente desensibilización de sus datos técnicamente sensibles.

La desensibilización como proceso técnico importaría, tanto el ocultamiento de los datos técnicamente sensibles a través de diversos procesos técnicos que se citarán más adelante, como la implementación de técnicas de ocultamiento de formatos conocidos en el depósito en que son guardados a los fines de su explotación analítica. Nuestra ley debiera considerar

estos tecnicismos que resultan fundamentales al momento de materializar una adecuada, más no lúrica, seguridad de datos.

El “layout” o diseño del registro de la información, entendido como el modo y esquema por medio del cual se dispone, posiciona y distribuye la información, debiera acompañar el registro de los datos y conformar parte, también, del objeto de protección de datos. El “layout” tiene la virtualidad de revelar posicionamiento y morfología de datos sensibles técnicamente, características éstas que son la vía más directa de encuentro y reconocimiento del dato protegido. Es por ello que se debe evitar, proteger y penalizar también esta facilitación de acceso al dato por intermedio de la filtración del “layout” de cualquier base de datos. Sintéticamente en relación a esto último, se debiera asociar y asimilar el “layout” de los datos a la caracterología de la protección de datos técnicamente sensibles.

Estos nuevos estándares de protección en el régimen de privacidad de datos redundarían indirectamente en la disminución de costos por el cumplimiento adecuado de regulaciones, bajo una visión superadora de estas últimas y focalizada en una premisa de eficiencia económica a la inversión en la protección y seguridad de datos.

Otro beneficio formidable de estas prácticas propuestas se condensaría en la reducción exponencial del riesgo operacional y de responsabilidad legal, asociados a la privacidad de los datos.

Finalmente, se pueden citar como otras ventajas de índole preventiva que trascienden la simple firma de acuerdos de confidencialidad – los cuales han demostrado a lo largo del tiempo una baja efectividad-, la facilitación de prácticas de auditoría, la mejora de la calidad y los tiempos de respuesta frente al acaecimiento de contingencias de seguridad, y el incremento de la trazabilidad y capacidad de detección de actividades sospechosas internas y externas.

El manejo de información debiera restringir y minimizar al máximo el acceso a los datos técnicamente sensibles, específicamente en las tareas de testeado de aplicaciones, para las cuales se sugiere la extracción de lotes adecuados de datos que hayan sido previamente desensibilizados.

Como resultado de esta organización se obtendrían beneficios inmediatos al poder asociar los lotes de datos originales productivos y contenedores naturales de información sensible de tipo técnico y personalísimo a áreas de almacenamiento a las que solo acceden los aplicativos autorizados durante su ejecución, mientras que los lotes de información de idéntica morfología pero reducidos en cantidad a través de criterios inteligentes de selección y desensibilizados por las técnicas enunciadas arriba serían accedidos libremente por todo el personal de desarrollo y testeo y otros terceros sin que esto implique poner en riesgo el fin buscado que es el de la protección de la privacidad de los datos.

En los tiempos que corren y en virtud del vertiginoso desarrollo tecnológico, es hora de buscar soluciones prácticas y adaptativas a esta realidad que no posean el indeseado efecto colateral de frenar, disminuir, revertir y/o desalentar los progresos en ese ámbito, y que permitan un mejor ejercicio y preservación del derecho de autodeterminación informativa de los usuarios.

El derecho en el área de las nuevas tecnologías puede colaborar en el régimen de regulación de la privacidad de datos brindando respuestas preventivas como la que aquí se propone, disminuyendo y previniendo la ocurrencia de dañosidad en este campo.

Serán estas ideas, nutridas de eficiencia económica basadas en el paradigma de la prevención de daños como inversión fructífera, las que la misma industria acogerá con entusiasmo, ya que una vez ocurrido un daño, lógica e indefectiblemente deberá ser resarcido plena e integralmente.

Considerando el ámbito práctico de aplicación de la normativa vigente y su marco regulatorio, corresponde definir su cobertura en términos de ámbito de procesamiento de datos y su manipulación puertas adentro de la empresa y su posterior almacenamiento, resguardo, traslado y exposición externas a la empresa. De esta manera se propone una estrategia ampliada de tipo preventivo en el ámbito interno con miras a la anticipación de daños debidos a tareas rutinarias o extraordinarias de procesamiento y manipulación de la misma información que el actual marco omite regular.

V. CONCLUSIÓN

Como se ha podido ver, el deber de información en la relación de consumo se encuentra en nuestra actualidad ampliamente receptado por la normativa vigente. La reforma de nuestro Código y la sanción del Código Civil y Comercial trajeron aparejada la incorporación del deber de información en la regulación nuclear de nuestro derecho privado, la que hoy día es concordante con la ley especial ius fundamental que regulaba en lo específico la relación de consumo.

“La información es una obligación que denota dos funciones: asegurar un consentimiento pleno para la asunción del vínculo, y prevenir o evitar la producción de daños a la persona o bienes del contratante durante la ejecución de la prestación o con posterioridad a ella. En cuanto se estructura la función preventiva o impeditiva de daños, la obligación de información se configura como una obligación de resultado cuyo contenido es la revelación de los hechos o datos con entidad productora de menoscabos. ... La obligación de informar no es una sola, ya que adquiere características distintivas y particulares según el caso que se trate...”²³⁸

La información es una mercancía intercambiable, que posee en sí misma un valor intrínseco, por su contenido y significado, para el titular de la misma, como para la sociedad en la que se encuentra. Es por ello que los proveedores a la hora de recolectar datos de sus usuarios no lo efectúan de un modo precavido, sino que obtienen de ese acto comunicacional la mayor cantidad de beneficios potenciales, lo que redundaría en términos llanos en la obtención de la mayor cantidad de datos posibles aún sin respetar el principio de calidad de datos (pertinencia, adecuación, finalidad, etc.).

Conforme a la diversificación de las llamadas tecnologías de la información y la comunicación, y el acceso masivo a las mismas, se han multiplicado vertiginosamente la cantidad de canales de transmisión de información y las modalidades tradicionales de control y contención de esta última, como ser las barreras geográficas y temporales, y la caducidad natural de los datos. Los proveedores que recolectan datos de sus usuarios o potenciales usuarios, disponen de esos datos de manera ultra activa, es decir, aun cuando las relaciones de consumo se extinguen y aún sin necesidad que las mismas se hubiesen gestado.

²³⁸ FERREYRA, María Inés: “La obligación de información”. RCyS 2014-I, 17.

La protección de datos personales no es una materia estrictamente compleja en los términos legislativos que hemos conocido hasta el día de hoy, ya que no ha variado el objeto de su estudio aunque sí ha evolucionado normativamente; nuestra sociedad ha estado siempre atenta a los abusos que sufriera el individuo en su intimidad o privacidad, y lo ha regulado de una manera clásica, simple y conservadora.

La protección de datos personales en términos normativos ha tenido una evolución y ha evidenciado una complejización creciente en lo referente a su ámbito de aplicación y materialización. Desde una perspectiva histórica, la primera regulación que encontramos de ello en nuestro sistema normativo argentino ha sido el juego del Art. 33 de nuestra Constitución Nacional, protección de datos personales como un derecho implícito, y del Art. 1071 bis del CCNA, por regulación del derecho a la intimidad. Tiempo más tarde, con la Reforma Constitucional del año 1994, se incorpora al texto de nuestro texto fundamental el Art. 43, que introduce la figura del hábeas data en su párrafo tercero. Finalmente nuestro ordenamiento alcanza una relativa madurez regulatoria con la sanción de la Ley 25.326, de Protección de los Datos Personales.

Con las tecnologías de la información y la comunicación, se vela más que por el derecho clásico que concebimos de privacidad, por el denominado derecho de autodeterminación informativa. Es decir, el derecho que posee el individuo de elegir libremente con su autonomía y libertad – autonomía de la voluntad – que datos a él referidos son divulgables y cuáles no.

Tiene particular importancia en este aspecto la evaluación que hace el individuo en su libre albedrío de la posibilidad de afectación personal por la divulgación de un dato o información personal, las variables aquí son infinitas y de allí su aspecto más controvertido.

Es por todo ello, que en la preservación de los más elevados derechos humanos de las personas, que se debe velar por el respeto de la autodeterminación informativa de los usuarios en las relaciones de consumo en las que se lleven a cabo tareas de procesamiento de datos a ellos referidos.

Sólo a través del cumplimiento pleno y acabado del deber de información acerca de las tareas de procesamiento de datos que se efectuarán de los mismos, los proveedores pueden

cumplir y respetar la autodeterminación informativa de sus usuarios, y así recolectar consentimientos informados válidos para el procesamiento de los datos que ellos brinden voluntariamente.

BIBLIOGRAFÍA

- ANAYA REVUELTA, Inmaculada: La definición enciclopédica. Estudio del léxico ictionímico, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, R. B. Servicios Editoriales, Año 1999.
- BAZÁN, Víctor: “El hábeas data como proceso constitucional autónomo. Protección del derecho a la autodeterminación informativa”. Publicado en: LA LEY 21/11/2012.
- BIDART CAMPOS, Germán J.: “¿Ser afiliado a un partido político configura un "dato sensible"?”. Publicado en: LA LEY 2003-A, 1299.
- CESARIO, Roberto: “Hábeas Data. Ley 25326”. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2001.
- CIFUENTES, Santos E. (h.): El derecho a los datos personales y el habeas data. Publicado en: Acad.Nac. de Derecho 2008 (mayo), 01/01/2008, 1. AR/DOC/2104/2008.
- CROVI, Luis Daniel: “Los daños ocasionados por el uso indebido de datos personales en Internet”. Publicado en: RCyS2008, 330.
- ESCANDELL, M. Victoria: Introducción a la Pragmática, Editorial Ariel Lingüística, Barcelona, Año 2008.
- FERNANDEZ VECCHI, Adriana. CALLEJAS, Alejandro: Comunicación y Lenguaje. Año 2011, Bs.As. Link: <http://www.afernandezvecchi.com.ar/index.htm>.
- FERRERES, Alberto R. TOMBETTA, Graciela M. GUTIÉRREZ, Vicente P.: Ejercicio profesional: el consentimiento informado ¿realidad o ficción legal?. DJ15/03/2006, 706, La Ley
- FERREYRA, María Inés: “La obligación de información”. RCyS 2014-I, 17.

- FOUREZ, Gérard. ENGLEBERT-LECOMPTE, Véronique. MATHY, Philippe: Saber sobrenuestrossaberes – unléxicoepistemológico para la enseñanza. Ediciones Colihue, Buenos Aires, Año 1997.
- GHERSI, Carlos A. y WEINGARTEN, Celia: “Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores”. 1ra. Edición. Buenos Aires. La Ley. Año 2011.
- GHERSI, Carlos A.: “Diccionario de Términos Jurídicos Más Usuales”, 2da. Edición, Buenos Aires, La Ley, Año 2009.
- GIL, Luz Estella: Material de estudio: Investigación de la Comunicación de Masas. Para la Carrera de Comunicación, Pontificia Universidad Javeriana, Cali. Año 2006. Link: http://drupal.puj.edu.co/files/OI002_Luz%20Stella.pdf
- GILS CARBÓ, Alejandra M.: “Régimen Legal de las Bases de Datos y Hábeas Data”. Editorial La Ley. Buenos Aires, 2001.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: “Hábeas Data. Protección de Datos Personales” 2º Edición Ampliada y Reformada. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2011.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: “La afiliación partidaria no es un dato sensible”. Publicado en: LA LEY 10/05/2005.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: “Ley 25.326 de protección de datos personales”. Publicado en: Sup.Const. Esp.2003 (abril), 61 - LA LEY2003-C, 1139.
- GUSFIELD, Joseph R.: “La cultura de los problemas públicos: El mito del conductor alcoholizado versus la sociedad inocente”. Traducción: Arijón, Teresa B. - Nijensohm, Camila. 1º Edición. Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires, 2014.
- GUSFIELD, Joseph R.: “The Culture of PublicProblems: Drinking-Driving and theSymbolicOrder”. TheUniversity of Chicago Press. Chicago y Londres, 1981.
- KIPER, Claudio M.: “Discriminación y responsabilidad civil”. Publicado en: RCyS2011-V, 3.
- KRAUSS, Robert M.. FUSSELL, Susan R. : Social PsychologicalModels of Interpersonal Communication. Columbia University and Mississippi StateUniversity. To appear in E.T. Higgins& A. Kruglanski (Eds.), Social Psychology: Handbook of Basic Principles. New York: GuilfordPress. Año 2001.

- LORENZETTI, Ricardo L.: El deber de información y su influencia en las relaciones jurídicas, LA LEY1990-B, 996 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2007, 1051. La Ley
- MASCIOTRA, Mario: “El hábeas data cancelatorio de datos sensibles”. Publicado en: LLBA2008 (setiembre), 827.
- misconceptionsaboutimplicature. San Francisco StateUniversity, Drawingtheboundaries of meaning: neo-GriceanStudies in pragmatics and semantics in honor of Laurence R. Horn, Editorial Jhon Benjamins B.V., Año 2006
- PIERINI, Alicia; LORENCES, Valentín; TORNABENE, María Inés: “Hábeas Data, Derecho a la Intimidad”. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1998.
- PUCCINELLI, Oscar R.: “La obligación de inscripción de las bases de datos privadas y públicas”. Publicado en: LA LEY 09/08/2006.
- SAGER, Jhon C.: A practical course in terminology processing. John Benjamins Publishing Company. Año 1996.
- SHANNON, Calude Elwood: A Mathematical Theory of Communication, The Bell System Technical Journal, Vol. 27 July, October, EEUU, 1948.
- SHANNON, Claude E.: Communication in the Presence of Noise, Classis Paper. EEUU, Año 1949. Link: <http://www.stanford.edu/class/ee104/shannonpaper.pdf>
- SIMARI, Virginia: “La historicidad del derecho en la respuesta del juez frente a la laguna.” Publicado en: Sup. Act. 04/09/2008.
- SIMARI, Virginia: “La privacidad en la era digital, ¿protección o redefinición?”. Publicado en: Sup. Act. 21/12/2010.
- SIMARI, Virginia: “La respuesta del Derecho Civil a una realidad cambiante”. Publicado en: Sup. Act. 20/10/2009.
- STIGLITZ, Rubén S.: Deber de información precontractual y contractual. Deber de Consejo. La cuestión en los contratos paritarios y de consumo, LA LEY 30/03/2009, 30/03/2009, 1 - LA LEY2009-B, 1085 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2009, 543. La Ley.
- TRAVIESO, Juan Antonio MORENO, María del Rosario: “La protección de los datos personales y de los sensibles en la ley 25.326”. Publicado en: LA LEY 14/07/2006.
- WOLF, Mauro: Teorias Da Comunicaçao (título original: TeoriedelleComunicazionidi Massa). Editorial Presença. Lisboa, Año 1999.

- YMAZ VIDELA, Martín Rafael: “Los avatares de las bases de datos”.
Publicado en: Sup. Act. 11/05/2006, 11/05/2006, 1.

CLÁUSULAS ABUSIVAS: SUS ALCANCES Y SU CONEXIÓN CON EL DELITO DE ESTAFA.-

POR FRANCO MANONI Y ANTONELA ROJAS

I. INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo desarrollaremos en primer lugar una breve reseña del instituto de las cláusulas abusivas en el marco de la legislación argentina (sin perjuicio de algunas referencias a normas de carácter internacional y de derecho comparado), determinando su conceptualización, configuración, alcance y modos de neutralización previstos en la normativa.

Posteriormente, nos centraremos en los dos puntos principales del presente: “El delgado límite existente entre el uso reiterado y sistematizado de determinadas cláusulas abusivas (por parte del proveedor) y el delito de estafa” y “La contrainformación como uno de los principales modos de acción del proveedor para neutralizar el ejercicio de derechos por parte de los consumidores”.

II. DESARROLLO.

a. REGULACIÓN NORMATIVA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

A) Cláusulas abusivas, sus alcances en el Derecho Histórico Comparado

En 1957 en Europa, tuvo lugar la iniciativa para garantizar la tutela de los derechos de los consumidores respecto de las cláusulas abusivas contenidas en los contratos a celebrarse

con comerciantes, la cual quedó legalmente instrumentada en la Directiva 13/93 del Consejo, del 5 de Abril de 1993.

Así, en su artículo 3 la citada Directiva reza:

Artículo 3

1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

En virtud del contenido de dichas cláusulas, el consumidor se encuentra ubicado en situación de incertidumbre, indefensión o desventaja.

B) Cláusulas Abusivas. Legislación Argentina.

En lo que hace al ordenamiento jurídico argentino, respecto de la protección al consumidor, es dable afirmar que la protección normativa ha ido incrementándose con el paso del tiempo: la figura del abuso del derecho del artículo 1071 del Código de Vélez con

la reforma de la Ley N° 17.711, la teoría de la lesión en el artículo 954 del mismo cuerpo normativo, la LDC, el artículo 42 de la Constitución Nacional Argentina, , las modificaciones incluidas a la LDC a través de la Ley N° 26.361, y finalmente el Código Civil y Comercial de la Nación en los artículos 988, 989, 1117 a 1122.

Cabe señalar que dichas normas (y la relación entre ellas) deben ser interpretadas y aplicadas a la luz de los principios del diálogo de fuentes explicado en los capítulos previos de la presente investigación

B) 1- Las Cláusulas Abusivas en la LDC

La Ley de Defensa del Consumidor 24.240, destina un capítulo a las cláusulas abusivas, denominado “De los términos abusivos y cláusulas ineficaces”, cuyo artículo 37 dice:

ARTICULO 37. — Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;

b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;

c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

Así, lo que caracteriza a la cláusula como abusiva conforme lo consignado en la ley es la desnaturalización, los límites de responsabilidad, la inversión de la carga probatoria y la renuncia y/o restricción de derechos del consumidor.

La desnaturalización:

Para Lorenzetti el término "desnaturalización" tiene un sentido aristotélico *"un poco desusado en la ciencia actual, ya que la 'naturaleza' de las cosas es bastante inasible, lo 'natural' es usado en el sentido de 'normal', y concretamente se hace referencia al modelo que patentiza el Derecho dispositivo.*

El Derecho dispositivo es un deber ser; un modelo que el legislador considera razonable y que lo suministra a las partes para que lo tomen en cuenta. No es obligatorio, pero es razonable o se supone que lo sea.

Si una cláusula se aparta de ese modelo de razonabilidad, sin un motivo justificado, sería irrazonable, sería una cláusula que 'desnaturaliza' lo natural, lo normal"²³⁹

En el derecho Argentino posee, respecto de los contratos en general y los típicos en especial amplia regulación.

Regula estas relaciones contractuales, por un lado, a través de normas imperativas generales, que se encargan de describir las figuras jurídicas dando los parámetros para que un negocio jurídico pueda ajustarse a tal o cual de estas últimas, según los elementos sustanciales que lo componen; las normas imperativas específicas, propias del tipo contractual que hacen que un contrato sea ese y no otro; y las normas dispositivas, las cuales se aplican al negocio cuando las partes no han dispuesto lo contrario, frente al silencio de las mismas.

El Doctor S. S. Barocelli afirma que: *"Constituyen ejemplos de desnaturalización de las obligaciones, las modificaciones de los efectos de la seña en la contratación inmobiliarios*

²³⁹ *"Las cláusulas abusivas, usurarias o vejatorias Saneamiento. Criterios para su determinación: la serie cerrada; la serie abierta; las pautas generales",* Jorge Mosset Iturraspe, disponible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?Hash=99fb6815712c90c2fecbd18b2560b5c8>. Cita a: LORENZETTI y MOSSET ITIJRRASPE, *Defensa del consumidor* cit., ps. 244 y SS. -

a través de institutos fronterizos como la “reserva”, en perjuicio del consumidor, modifican el régimen la obligación de saneamiento, la determinación de la facultad de resolución incausada del proveedor, la indeterminación en la fecha e cumplimiento de las prestaciones por parte del proveedor, la indeterminación del precio, canon u otras contraprestaciones a cargo del consumidor, imprecisión respecto del lugar de cumplimiento, falta de reciprocidad de trato o establezcan la prórroga de jurisdicción en perjuicio del consumidor, entre otras.”²⁴⁰

Es en el caso de los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales donde las normas dispositivas adquieren relevancia. Entre las cláusulas predispuestas y la regulación general aunque supletoria, para el derecho prevalecen estas últimas, dejando a un lado las cláusulas predispuestas.

Asimismo, puede entenderse que la tutela de los efectos normales de los contratos está dada por la cláusula que prohíbe la desnaturalización de las obligaciones, siguiendo lo dicho por Mosset Iturraspe respecto de las soluciones arribadas en las VIII Jornadas Nacionales de La Plata.²⁴¹

Sin embargo, debemos dejar a salvo que, en el marco de las relaciones de consumo podrá decretarse que una cláusula es abusiva existan o no cláusulas generales predispuestas por una de las partes. Por lo tanto, podrá haber cláusulas abusivas también en contratos paritarios, discrecionales o libremente negociados de consumo. Las cláusulas abusivas, por tanto, podrán estar presentes en el Derecho del Consumidor argentino tanto en contratos discrecionales o predispuestos; de derecho privado o público; de libre configuración interna o vigilados por el Estado.

El límite a la responsabilidad por daños:

En el derecho argentino, las partes deben dar cumplimiento estricto a las prestaciones prometidas ya que de no ser así, la otra parte podrá reclamar la ejecución forzada, el

²⁴⁰ “Las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo y el Código Civil y ComerCial”, Sergio S. Barocelli, RCCyC, Año II, N° 04, Mayo 2016, pág. 235 y ss.

²⁴¹ “Las cláusulas abusivas, usurarias o vejatorias Saneamiento. Criterios para su determinación: la serie cerrada; la serie abierta; las pautas generales”, Jorge Mosset Iturraspe, disponible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?Hash=99fb6815712c90c2fecbd18b2560b5c8>

cumplimiento específico contra la voluntad del contratante renitente, por el mismo o por un tercero o por el propio juez²⁴². Y, sin perjuicio de esa ejecución forzada, el contratante puede reclamar un resarcimiento, es decir, una respuesta indemnizatoria.

La normativa tiende a evitar el tradicional abuso expresado como una responsabilidad limitada a ciertos perjuicios o hasta determinado monto, comprendiendo tanto a los daños materiales como a las personas.

Así, citando lo explicado por Mosset Iturraspe “*se trata de evitar la traslación de los riesgos propios del quehacer empresario, de oponer una barrera a la presión de liberarse de los daños por las razones que fueren: incumplimientos, retardos, alteración en las prestaciones prometidas, con la invocación de que el consumidor "conocía" y "aceptó" asumirlos, y de allí las condiciones pactadas, el plazo, los intereses, etcétera*”²⁴³.

Y es justamente a ello que nos referimos en el punto anterior, al resaltar pueden ser reputadas como abusivas las cláusulas que integren cualquier tipo de contrato, y no sólo aquellos considerados “de adhesión” o “de cláusulas predispuestas”.

La inversión de la carga probatoria:

Existen supuestos, en los cuales el proveedor de bienes y servicios, a través de cláusulas intenta colocar la dificultosa (cuando no imposible) tarea de demostrar un hecho en cabeza del consumidor.

Los códigos procesales, la legislación adjetiva establecían con respecto a la carga probatoria, que la misma recaía en responsabilidad de quien afirmaba la existencia de un hecho, base de la pretensión entablada, independiente de la situación de la parte actora o demandada, o bien quien alegaba un eximente en la demostración de la prueba, recaía el deber de probar la eximente invocado.

²⁴² “*Las cláusulas abusivas, usurarias o vejatorias Saneamiento. Criterios para su determinación: la serie cerrada; la serie abierta; las pautas generales*”, Jorge Mosset Iturraspe, disponible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?Hash=99fb6815712c90c2fecbd18b2560b5c8>. Cita a: MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, t. II, El incumplimiento contractual, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

²⁴³ “*Las cláusulas abusivas, usurarias o vejatorias Saneamiento. Criterios para su determinación: la serie cerrada; la serie abierta; las pautas generales*”, Jorge Mosset Iturraspe, disponible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?Hash=99fb6815712c90c2fecbd18b2560b5c8>

Con el paso del tiempo, fue ganando lugar la concepción de la carga dinámica de la prueba, en virtud de la cual cada parte debe demostrar según sus posibilidades, la facilidad o disponibilidad de los elementos de convicción, la profesionalidad, habitualidad o conocimiento del tema en cuestión.

Supongamos que en una controversia entre un consumidor y un proveedor o empresario aquel perjudicado tenga que demostrar su menoscabo: inaceptable. Es deber del proveedor, en virtud de la profesionalidad en la actividad de la que se trate, arrimar los elementos de convicción que se encuentren a su alcance, pues dificultar u obstaculizar la prueba, por medio de la alteración del régimen plasmada en una cláusula predispuesta, implica negar o desconocer el derecho del consumidor, configurándose tal cláusula en abusiva.²⁴⁴

B)2- Las cláusulas Abusivas en Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil de Vélez Sarsfield, vigente desde su sanción en 1869 hasta Agosto del 2015, no contenía una regulación general de los contratos predispuestos ni sobre las cláusulas abusivas. Sí podía hallarse de manera dispersa en él cláusulas prohibidas o limitadas por ser consideradas contrarias a la moral según el criterio del legislador. A modo de ejemplo, puede mencionarse la prohibición de dispensa del dolo contenida en el artículo 507, o el artículo 2232 referente a la prohibición hacia el posadero de eximirse de responder por los efectos introducidos por los viajeros, entre otros.

Pese a no haber existido regulación específica de las cláusulas abusivas en el Código de Vélez, un régimen general de tales cláusulas fue previsto en el Proyecto de 1987 en su artículo 1157, como también en el Anteproyecto de la comisión designada por decreto 468/1992 en su artículo 870, y en el Proyecto de 1998 en su artículo 968, todos ellos fuente del artículo 988 “Cláusulas Abusivas”.²⁴⁵

²⁴⁴ “*Las cláusulas abusivas, usurarias o vejatorias Saneamiento. Criterios para su determinación: la serie cerrada; la serie abierta; las pautas generales*”, Jorge Mosset Iturraspe, disponible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?Hash=99fb6815712c90c2fecbd18b2560b5c8>

²⁴⁵ *Código Civil y Comercial de la Nación*, Dir.: Graciela Medica, Julio C. Rivera, Cord.: Mariano Esper, Comentario de Renato Rabbi – Baldi Cabanillas, Ed. La Ley 2014, pág. 2293.

Particularmente del Proyecto de 1998, surgía que para los casos de los contratos por escrito, debían redactarse de manera clara, completa y fácilmente legible y las condiciones generales debían ser asequibles a la parte no predisponente.

En cuanto a la interpretación, conforme explica Garrido, las cláusulas debían ser interpretadas en sentido favorable a la parte no predisponente, si esta no actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde el contrato; cuando es dudosa la existencia de una obligación se presume la liberación y cuando son dudosos los alcances de la obligación, se está por la menos gravosa.

Se tenían por no convenientes las estipulaciones que por sí sola o combinadas con otra desnaturalizan las obligaciones de las partes, limitan la responsabilidad del predisponente por daños al proyecto de vida, limitan su responsabilidad por daños patrimoniales sin una adecuada equivalencia económica, importan renunciaciones o serias restricciones a los derechos del no predisponente o una ampliación de los derechos del predisponente y la excepción de oponibilidad al no predisponente (salvo desnaturalización y daño al proyecto de vida) se daba cuando se probase que antes de concluir el contrato la parte las ha conocido o hubo de haberlas conocido y que las ha aprobado expresa y especialmente por escrito, siempre que esto resulte razonable. Sin embargo tal excepción no se aplicaría de ser un contrato celebrado por adhesión.²⁴⁶

Adecuándose a las nuevas relaciones comerciales y a las nuevas formas de entablar dichas relaciones, y con el fin de evitar los abusos y complementar a la protección de la parte débil en la relación de consumo dada por la Ley de Defensa del Consumidor, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha regulado la cuestión de las cláusulas abusivas en dos partes distintas del Libro tercero titulado “Derechos personales”: por una parte en la Sección 2ª, Capítulo 2, Título II “Contratos en general” en el artículo 988, y en el Capítulo 4 del Título III “Contratos de consumo” en los artículos 1117 a 1122, en este caso, siguiendo lo dispuesto por el artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Así, el artículo 988 dice:

²⁴⁶ “*Las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas en el régimen del Código Civil y Comercial Argentino*”, Lidia M. R. Garrido Cordobera (UBA), disponible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?Hash=21c71ac17dab266e4cd6f9860a253e81>

ARTICULO 988.- Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas:

a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente;

b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias;

c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

Inteligentemente, el CCC contempla las cláusulas abusivas de forma abierta, evitando una enumeración taxativa que dé lugar a límites interpretativos que tergiversen el sentido y finalidad de la norma, más aun teniendo en cuenta la versatilidad empresaria a la hora de innovar en materia de este tipo de cláusulas prohibidas.

Por lo tanto, queda en manos del juez la labor de determinar si una cláusula es abusiva o no por caer dentro de los lineamientos otorgados por el código para su encuadre.

A diferencia de lo dispuesto en la Ley de Defensa del Consumidor, el nuevo Código, en un inciso específico, contempla el caso de las cláusulas no previsibles.

Dichas cláusulas no previsibles aparecen en los Principios Unditroit que, en su artículo 2.1.20 dispone:

ARTÍCULO 2.1.20 (Cláusulas sorprendidas)

(1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente.

(2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.

Dichas estipulaciones pueden ser sorprendidas en virtud de su contenido, cuando una persona razonablemente de la misma condición que la parte adherente no hubiera podido esperar dicha estipulación dentro del tipo de cláusula predispuesta de que se trate. Los parámetros para determinar la irregularidad de una estipulación son las estipulaciones regularmente utilizadas dentro del sector comercial del que se trate, por un lado, y por el otro las negociaciones individuales llevadas a cabo entre las partes, en el caso de que hayan existido tales negociaciones.

Las estipulaciones también pueden ser sorprendidas en virtud de su redacción o presentación. Es el caso de las cláusulas poco claras o que tiene implicancias o consecuencias difíciles de prever para el adherente, debido a la utilización de términos excesivamente sofisticados o poco usuales, entre otros.²⁴⁷

En cuanto a los Contratos de Consumo, el Código Civil y Comercial regula la cuestión en los artículos 1117 a 1122.

El primero de los artículos citados enuncia la normativa aplicable a los contratos de consumo, independientemente de la existencia o no de cláusulas generales predispuestas por una de las partes.

A continuación, el artículo 1188 regula lo referente al control de incorporación, indicado que no obsta a la declaración de nulidad que las cláusulas hayan sido negociadas individualmente o que hayan sido aprobadas expresamente por el consumidor.

En cuanto a la aprobación por el adherente, explica Garrido que ha sido motivo de larga discusión doctrinaria, sosteniéndose que sería válida si respeta los límites de la buena fe y siempre que la aceptación de la cláusula tenga una causa justificada y sea razonable.²⁴⁸

En este punto, la Ley de Defensa de Consumidor, en su artículo 38, respecto de los contratos de adhesión o formularios, establece que será la autoridad de aplicación quien vigilará que no contengan cláusulas que encuadren en lo normado por el artículo 37 del mismo cuerpo legal.

²⁴⁷ *Código Civil y Comercial de la Nación*, Dir.: Graciela Medica, Julio C. Rivera, Cord.: Mariano Esper, Comentario de Renato Rabbi – Baldi Cabanillas, Ed. La Ley 2014, pág. 2296.

²⁴⁸ “*Las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas en el régimen del Código Civil y Comercial Argentino*”, Lidia M. R. Garrido Cordobera (UBA), disponible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?Hash=21c71ac17dab266e4cd6f9860a253e81>

Continuando con la normativa del Código Civil y Comercial, el artículo 1119 “Regla General”, define la cláusula abusiva, de una manera más amplia a la establecida al principio de este trabajo, teniendo en cuenta el desequilibrio producido en perjuicio del consumidor, sin importar que haya sido negociada de manera individual o no: “... *es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.*”

Es a esta definición a la que adherimos, por respetar de mayor manera el principio protectorio rector en materia de derecho del consumidor y por abarcar un amplio espectro de situaciones que de otra manera escaparían al filtro de estipulaciones prohibidas normativamente.

El nuevo Código incorpora la novedad, o mejor expresado, define y deja plasmada en él la situación que viene dándose desde hace tiempo, siendo una nueva proyección del abuso del derecho, en su artículo 1120 “*Situación Jurídica Abusiva*”. Respecto de los contratos de consumo, aquella puede ser explicada como el desequilibrio de derechos y obligaciones, conforme lo expresado por el artículo 1119, que se produce en virtud de una pluralidad de actos conexos, ampliando los límites de análisis desde el contrato hacia las redes contrataciones, estructurados sobre la base de una combinación de contratos con una finalidad instrumental encaminada al logro de dichos negocios. Puede darse el caso que en el análisis aislado de los contratos, éstos se presentes como lícitos y no abusivos, pues la abusividad surge del análisis en conjunto de todos los contratos conexos que evidencian el desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, en detrimento del consumidor.

Para analizar ello, debe contraponerse la finalidad económica que tuvo el consumidor al suscribir el contrato, con los derechos y obligaciones que surgen del cúmulo de contratos. Si como resultado queda evidente el desequilibrio de los derechos y obligaciones, la

desnaturalización de ellas se tendrá por existente y así también la situación jurídica abusiva, al margen de que cada contrato conexo en su análisis individual resulte lícito.²⁴⁹

A diferencia de lo normado por la Ley de Defensa del Consumidor, el nuevo Código introduce un límite en la declaración de nulidad de las cláusulas, en su artículo 1121, conforme al cual no pueden ser declaradas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado (a); las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas (b).

Finalmente respecto del tema en cuestión, el artículo 1122 establece el control judicial:

ARTICULO 1122.- Control judicial. El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas:

a) la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control;

b) las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas;

c) si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad;

d) cuando se prueba una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1075.

La solución dada en el inciso (a) del artículo resulta adecuada, siendo que el acto de aprobación no puede convalidar cláusulas que vulneren derechos contenidos en la Constitución Nacional, en la Ley de Defensa del Consumidor, y en el mismo Código Civil y Comercial de la Nación. Resulta adecuado que sea procedente un control judicial, pues la aprobación administrativa puede que revista de aparente licitud y no abusividad a una cláusula que mirada desde un ángulo protectorio al consumidor no apruebe su análisis.

Respecto del inciso (b), es la misma solución dada por la Ley de Defensa del Consumidor en su artículo 37, la cual tiene ardua aplicación jurisprudencial.

²⁴⁹ *Código Civil y Comercial de la Nación*, Dir.: Graciela Medica, Julio C. Rivera, Cord.: Mariano Esper, Comentario de Renato Rabbi – Baldi Cabanillas, Ed. La Ley 2014, pág. 2649.

Se entiende que las cláusulas abusivas son nulas de nulidad absoluta por afectar el orden público, y las consecuencias de dicho carácter son que *“la acción es imprescriptible, irrenunciable y no es susceptible de confirmación aunque sí de integración. Puede ser declarada de oficio, o a pedido de parte”* (Lorenzetti, 2009).

En el caso de la integración de contrato, lo que se pretende es la conservación del mismo. Deberá integrarse en el caso de que una vez declarada nula una cláusula, aquel no pueda subsistir sin comprometer la finalidad del contrato. Para ello, analizando en conjunto la normativa protectora del consumidor, la integración debe efectuarse en el sentido más favorable al consumidor, sin que sea posible agravar sus cargas.²⁵⁰

Finalmente, en el caso del último inciso, se hace referencia a la situación jurídica abusiva, ya definida supra.

b. “EL DELGADO LÍMITE EXISTENTE ENTRE EL USO REITERADO Y SISTEMATIZADO DE DETERMINADAS CLÁUSULAS ABUSIVAS (POR PARTE DEL PROVEEDOR) Y EL DELITO DE ESTAFA”

Para adentrarnos en el meollo del primer de los puntos principales de este trabajo, debemos dejar a salvo la claridad de ciertos términos jurídicos pertenecientes al ámbito penal, para así luego intentar determinar si existe un modo de distinguir el uso (de manera reiterada y sistemática) de cláusulas abusivas, de la acción típica y antijurídica de defraudación.

A- La figura general de defraudación

En el artículo 172 del Capítulo IV del Título VI del Código Penal, nos encontramos con el delito de estafa (y otras defraudaciones). Este artículo establece que *“Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre*

²⁵⁰ *Código Civil y Comercial de la Nación*, Dir.: Graciela Medica, Julio C. Rivera, Cord.: Mariano Esper, Comentario de Renato Rabbi – Baldi Cabanillas, Ed. La Ley 2014, pág. 2265.

supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza, o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.”

Con respecto al sujeto activo, es dable mencionar que por ser este un delito que no precisa de un sujeto activo investido de una característica especial, cualquiera podría ser autor de aquel mientras que, con respecto al sujeto pasivo (la víctima del fraude) es “[...] la persona que padece el error causado por el ardid o engaño del autor [...] Es imprescindible que la disposición patrimonial sea realizada por la misma persona que sufrió el engaño; pero, en cambio, no es necesario que coincida la identidad de quien dispone movido por el error y la de quien, en definitiva, resulta perjudicado; es decir que el perjuicio que se ocasiona como consecuencia directa del acto de disposición puede afectar tanto a quien realiza dicho acto como a un tercero.”²⁵¹

A su vez, encontramos con el Dr. Pedro Rodríguez que “[...] Lo peculiar de la estafa entonces es esa protección que brinda al patrimonio contra actos de la misma víctima, que los actúa con error generado por el engaño. Los actos están viciados por vicios en el consentimiento.”²⁵² Justamente en este tipo penal, es realmente la víctima quien, con su voluntad viciada por un error, realiza una disposición patrimonial sin ser coaccionada, razón por la cual es dable que se genere la duda de que la figura delictiva proteja en realidad la libertad de disposición de la víctima y no su patrimonio. Entiendo que el bien jurídico protegido es el patrimonio, ya que la afectación de la voluntad (y consecuentemente la libertad de actuar) es sólo el medio utilizado por el autor del delito para hacerse del patrimonio de la víctima finalmente. Es así que el legislador inteligentemente ubicó al delito de estafa dentro del capítulo de delitos contra la propiedad y no contra la libertad.

²⁵¹ D’Alessio, Andrés José, *Código Penal de la Nación Comentado y anotado*, Tomo II Parte Especial, La Ley, Buenos Aires, 2009, Pág. 671.

²⁵² Rodríguez Pedro, *Código Penal comentado de acceso libre*, Asociación Pensamiento Penal, página 5.

B- El tipo especial de defraudación a través de un incumplimiento en la identidad de lo contratado

El artículo siguiente establece los supuestos especiales de defraudación, a saber:

ARTICULO 173.- *Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:*

1. El que defraudare a otro en la substancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio...”

Como puede apreciarse a simple vista, el primer inciso de este artículo se refiere a un tipo de defraudación estrechamente relacionado con figuras contractuales ordinarias ajenas (*prima facie*) al derecho penal. Justamente está presente aún (y más aún) una real dificultad a la hora de diferenciar un incumplimiento contractual de un delito de defraudación configurado conforme el tipo especial del inciso 1º del artículo 173 del CP²⁵³.

Respecto a la obligatoriedad del cumplimiento de los actos jurídicos bilaterales con contenido contractual, el artículo 959 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) establece el efecto vinculante de estos: *“Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.”*, mientras que el artículo 961 del mismo cuerpo normativo impone el principio de buena fe sobre ellos: *“Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse*

²⁵³ Al respecto Julián H. Langevin expresa que *“Hace bastante tiempo que nos llama la atención la nebulosa que encierra la distinción entre los fraudes y los incumplimientos contractuales propios del derecho privado. Una vez traspuestos los umbrales de los gruesos trazos que diferencian al derecho penal de otras ramas del ordenamiento jurídico, asombra la falta de parámetros racionales que permitan discernir la tipicidad o atipicidad de los casos concretos que se presentan cotidianamente en la realidad profesional [...] Inicialmente, puede afirmarse que el derecho penal no puede abarcar todo incumplimiento contractual, Roxin define la función subsidiaria que cumple en la protección de bienes jurídicos, al subrayar que en la medida en que el derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, en incluso no siempre de modo general sino sólo frente a formas de ataque concretas, se jabala también de la naturaleza fragmentaria del derecho penal. Agrega que esa limitación se desprende del principio de proporcionalidad, que a su vez se puede derivar del principio del Estado de derecho de nuestra Constitución: como el derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, esto solo se puede hacer cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente.”* Luis F. Niño, *Delitos contra la propiedad*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011, Tomo I, Página 313 y 314.

comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.”

A su vez, la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) N° 24.240 permite a los consumidores y usuarios ejercer su derecho a garantía en las oportunidades en las que el proveedor no respete la identidad entre lo ofrecido y lo contratado²⁵⁴.

Y es justamente en esta etapa en la que la sociedad toda se encuentra inmersa en un sistema consumista que no desacelera sino que adquiere día a día una velocidad mayor, donde se perfila el escenario perfecto para un sinnúmero de incumplimientos de contratos de consumo concluidos en el marco de la vorágine consumista actual.²⁵⁵

Por otro lado, el derecho a la información en materia de consumo y la prohibición de publicidad engañosa son exigencias establecidas por la LDC y por el CCC para que el consumidor tenga la posibilidad de prestar un consentimiento pleno y reflexionado.

Tanto un ordinario incumplimiento contractual como de las pautas establecidas en el plexo normativo protectorio de los derechos de los consumidores y usuarios, habilitarían las vías administrativas y judiciales para exigir el cumplimiento de aquellos, daños y perjuicios y la imposición de daños punitivos al proveedor (en algunos casos) pero no constituirían en todos los casos el delito de defraudación citado previamente, sino sólo excepcionalmente.

Esta figura es un delito doloso, que sólo admite el dolo directo, “[...] *puesto que requiere una actividad engañosa por parte del autor, encaminada a procurar el beneficio. Exige el conocimiento de las diferencias entre lo que se entrega y lo que se debe y la voluntad de utilizar el fraude para perjudicar un patrimonio por medio del error creado en el sujeto pasivo.*”²⁵⁶, por lo cual habrá que determinar en cada caso en particular si el autor tuvo en

²⁵⁴ Ley 24.240, ARTICULO 11. — Garantías. Cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles conforme lo establece el artículo 2325 del Código Civil, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento.

²⁵⁵ “*EL consumismo tiene su origen en las necesidades creadas artificialmente por el sistema de producción y es, en consecuencia, determinado culturalmente. En relación con los consumidores, funciona asociado al sentido de pertenencia real o deseada a con los consumidores, funciona asociado al sentido de pertenencia real o deseada a un grupo o clase social y es promovido básicamente a través de la publicidad, hasta convertirse en un acto prácticamente de inercia con consecuencias económicas directas o indirectas.*” Laura Perez Bustamante *Los derechos de la sustentabilidad*, Colihue, Buenos Aires, 2007, página 10.

²⁵⁶ D’alessio, Andrés José, Op. Cit. , página 698.

miras la finalidad de beneficiarse a través del perjuicio en el patrimonio de la víctima, quien contrató inducido por un error puesto en escena por aquel.

Cabe mencionar que, las prácticas comerciales actuales y la ardua competencia de mercado provocaron que la publicidad pase a ser el teatro de operaciones por excelencia de las empresas, donde determinarán la cantidad de clientes que se sumen a sus carteras, sin perjuicio de la necesidad, importancia, calidad y utilidad real del producto o servicio en sí. Tanto es así, que la parte subjetiva de las publicidades invitan a los consumidores expuestos a contratar productos sin mencionar las características importantes de éstos, sino simplemente haciendo alusión a ilusiones propias de la imaginación de del especialista en marketing, con la finalidad de generar un estado psicológico que termine por definir una necesidad en el futuro consumidor.

Entiendo que la no verificación fáctica de lo expresado subjetivamente en las publicidades no puede considerarse incumplimiento contractual y mucho menos delito de defraudación, considerar lo contrario sería absurdo y atentaría contra la libertad de expresión y el desarrollo normal de la actividad comercial. Pero por otro lado, los supuestos en los que la publicidad (tanto televisiva, radial, en folletería, en la web, etc.) induce de manera voluntaria al error al consumidor expuesto sobre características objetivas del producto, tanto con respecto a su identidad, calidad y/o cantidad, conociendo de antemano que no se cumplirá con lo ofrecido en caso de ser aceptado por los consumidores, estaríamos frente a casos de incumplimiento contractual y de comisión del tipo penal de defraudación especial estudiado.

Puedo realizar dicha afirmación sin hesitación por la razón de que las prácticas de este tipo buscan sin dudas un beneficio patrimonial para los proveedores de bienes y prestadores de servicio, menoscabando el patrimonio de los consumidores de manera directa y previamente provocando un error en quienes (sin considerar la parte subjetiva de la publicidad) pretendían obtener un bien o servicio determinado y finalmente sufrieron una decepción (lamentablemente considerada terrible en estos tiempos) al anoticiarse que lo que recibieron no es lo que les indicaron que sería y que, de haber sido informados correctamente no hubiesen contratado.

Conclusión.

El punto desarrollado podría haberse denominado “El delito de defraudación: su relación con el fenómeno del consumismo y su diferencia con el incumplimiento contractual” ya que, como pudimos apreciar, el límite es realmente difuso y su delimitación deberá ser determinada en cada caso en particular después de un exhaustivo análisis.

Es sabido que derecho penal debe respetar una serie de principios y garantías para poder habilitar la aplicación de poder punitivo, el cual debe ser liberado sólo en situaciones excepcionales. Justamente el principio de *ultima ratio* exige que el poder punitivo será aplicado únicamente cuando el resto de los institutos comunes o jurídicos no hayan podido solucionar el conflicto, porque de lo contrario se estaría imponiendo más violencia sobre violencia de manera innecesaria.

El ordenamiento jurídico civil posee innumerables posibles soluciones a conflictos como los permitidos ante los incumplimientos de carácter contractual y hasta posee penas de carácter civil (por ejemplo la aplicación de daños punitivos en el marco de la LDC) y el juez deberá analizar cautelosamente en qué oportunidades aplicar el derecho penal a una situación de este tenor, teniendo en cuenta factores claves como la reiteración de la práctica y la magnitud del daño a los consumidores en particular y a la comunidad toda.

Es por ello que nos atrevemos a decir que en los casos en los que el corazón del negocio esté determinado por la sistemática reiteración en el uso (pecando de redundantes diremos “abuso”) de cláusulas consideradas abusivas, con nula contemplación de la legislación que claramente las prohíbe, provocando de este modo un desprendimiento patrimonial de los consumidores afectados quienes, de no haber mediado el engaño producido por el proveedor, no hubiesen realizado la erogación (pago), el sistema penal deberá tomar intervención (al menos en principio) para definir si nos encontramos frente a la comisión de un delito de defraudación.

c. “LA CONTRAINFORMACIÓN COMO UNO DE LOS PRINCIPALES MODOS DE ACCIÓN DEL PROVEEDOR PARA NEUTRALIZAR EL EJERCICIO DE DERECHOS POR PARTE DE LOS CONSUMIDORES”

Según la Real Academia Española información es la “*comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada*”²⁵⁷.

Al analizar el origen de la palabra, afirmamos que deriva del sustantivo latino *informatio(-nis)* (del verbo *informare*, con el significado de "dar forma a la mente", "disciplinar", "instruir", "enseñar"). Ya en latín la palabra *informationis* era usada para indicar un "concepto" o una "idea", pero no está claro si tal palabra pudiera haber influido en el desarrollo moderno de la palabra *información*.

Por otra parte la palabra griega correspondiente era "μορφή" (*morfê*, de la que por metatesis surgió la palabra latina *forma*), o si no "εἶδος" (*éidos*, de la cual deriva la latina *idea*), esto es: "idea", "concepto" o "forma", "imagen"; la segunda palabra fue notoriamente usada técnicamente en el ámbito filosófico por Platón y Aristóteles para indicar la identidad ideal o esencia de algo (véase Teoría de las ideas). *Eidos* se puede también asociar a "pensamiento", "aserción" o "concepto"²⁵⁸.

La información está compuesta por un conjunto de datos organizados. Estos datos, al ser transmitidos por una persona a otra, puede alterar la perspectiva que tenía esta última sobre determinado objeto o cuestión.

Hasta aquí la definición de información. Ahora bien, ¿qué sucede si la información brindada no se condice con la realidad por error del emisor de aquella? y ¿cuál es el modo de acción correcto frente a la dolosa emisión de información errónea por parte del emisor?

La LDC, respecto a la información establece:

²⁵⁷ <http://dle.rae.es/?id=LXrOqrN>

²⁵⁸ <https://es.wikipedia.org/wiki/Informaci%C3%B3n>

“ARTICULO 4º — Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización.

La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión.

ARTICULO 8º — Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente...

ARTICULO 8º bis: Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.”

ARTICULO 10. — Contenido del documento de venta. En el documento que se extienda por la venta de cosas muebles o inmuebles, sin perjuicio de la información exigida por otras leyes o normas, deberá constar:

- a) La descripción y especificación del bien.*
- b) Nombre y domicilio del vendedor.*
- c) Nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o importador cuando correspondiere.*
- d) La mención de las características de la garantía conforme a lo establecido en esta ley.*
- e) Plazos y condiciones de entrega.*
- f) El precio y condiciones de pago.*
- g) Los costos adicionales, especificando precio final a pagar por el adquirente.*

La redacción debe ser hecha en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo

previsto en esta ley, aquellas deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes.

Deben redactarse tantos ejemplares como partes integren la relación contractual y suscribirse a un solo efecto.

Un ejemplar original debe ser entregado al consumidor.

La reglamentación establecerá modalidades más simples cuando la índole del bien objeto de la contratación así lo determine, siempre que asegure la finalidad perseguida en esta ley.”

Todos estos artículos de la citada ley de manera específica crean la obligación en cabeza del proveedor de brindar información cierta, clara, precisa, de forma inmediata (y/o previa) y completa al consumidor sobre el contrato y todos sus efectos.

Sin embargo, los proveedores tienden a no dar cumplimiento a ello de diferentes maneras, ya sea no brindando ningún tipo de información, o haciéndolo de manera incompleta, o con imprecisiones, o de modo inentendible, o con demoras (muchas veces cuando la información ya no es útil).

Pero esos supuestos son superados por el uso de una herramienta mucho más eficaz para incumplir esas normas y consecuentemente, casi la totalidad de las normas de defensa del consumidor: la contrainformación.

La contrainformación tiene sus orígenes en la información emitida por un estado para confundir a su enemigo y así poder atacar por flancos desprotegidos o no tenidos en miras como consecuencia de ello.

La contrainformación no es más que la información dirigida a confundir y provocar un accionar imprudente o negligente, un actuar que parte de una base no sólida, que juega con reglas total o parcialmente irreales.

Recordemos el principio general del derecho que establece que la norma es conocida por todos, lo cual dista mucho de ser de real aplicación. Nadie conoce todas las normas, es tarea imposible, no difícil, sino imposible. Ahora bien, imaginemos un escenario en el que esa tarea imposible es aún más complicada (lo cual ya excede toda lógica) por la razón de

que los obligados a conocer la normativa (todos) somos informados (dolosamente) de manera errónea: inaceptable.

Bueno ello sucede a diario en todo ámbito jurídico, pero en este trabajo debemos concentrar la atención en los supuestos de este tipo que tienen lugar en el mercado del consumo. También son muchísimos. Supuestos en los que los proveedores de bienes y servicios manifiestan de manera expresa, anticipada, inminente, contemporánea o posteriormente al consumidor o usuario en miras de modificar (perjudicar) su conocimiento haciéndolos incurrir en error para de ese modo lograr que estos últimos no puedan ejercer (o al menos no puedan hacerlo de manera completa o correcta) sus derechos y consecuentemente disminuir las obligaciones de aquellos.

Los ejemplos van desde la prohibición de realizar cambios de productos en determinados días de la semana u horarios, a casos de limitación de responsabilidad por daños e incumplimiento del deber de seguridad.

En los casos más sencillos y menos dañinos, nos encontramos con el primero de los mencionados en el que el proveedor impide ejercer el derecho de cambio de un producto determinado día de la semana. La razón por la que el comerciante lo hace es porque en los días por el proveedor arbitrariamente restringidos es cuando más gente concurre al comercio a consumir y no desea “perder” tiempo con quien ya gastó su dinero. Este accionar ilícito que considera de base al consumidor como una persona descartable, no sólo incumple con el contrato sino que es discriminatoria y conforma un trato vejatorio.

En el otro extremo, nos encontramos con supuestos de contratos de garaje en los que anticipadamente, el proveedor expresa a través de un cartel o leyenda en ticket al consumidor que aquel no se hará responsable por los daños en su vehículo, robo, hurto de sus pertenencias. De esta manera el obligado a responder por los posibles daños, se exime ilegalmente del deber de seguridad que conlleva su actividad.

Soy de opinión que más grave que los incumplimientos que se generan a través de estos estratégicos medios, es la forma en que logran su objetivo y el poder de reproducción inmediata, gratuita y automática que la desinformación logra. A lo que me refiero es que el

consumidor²⁵⁹ al leer o escuchar la directiva que le indica la imposibilidad del ejercicio de un derecho (quizá hasta el momento por él desconocido total o parcialmente, o incomprendido) lo lleva a considerar esa información²⁶⁰ como correcta y acepta esa situación²⁶¹, produciendo así un estado psicológico de aceptación de dicha realidad y posterior pasividad ante cualquier contingencia.

En párrafos previos hice mención sobre la reproducción de esta contrainformación: ésta es la mayor ventaja publicitaria del no ejercicio de derechos por parte de los consumidores ya que como dije es gratuita, automática e inmediata. Los consumidores se comentarán (al menos por un tiempo) que en determinado establecimiento comercial tienen lugar determinadas prácticas -por ellos ya aceptadas, a su pesar- por la simple razón de que eso les fue informado, y más aún, se les informó ello cuando estaban cumpliendo su “rol” de consumidores justamente.

¿Qué debe hacer la autoridad de aplicación frente a ello?

A nuestro entender, si tenemos en cuenta el perjuicio directo, permanente, extensivo y transmisible que la contrainformación provoca, el estado debe intervenir de las siguientes maneras:

- En los supuestos ya conocidos como utilizados por los proveedores para confundir a los consumidores, deberá impulsar campañas que rectifiquen la información aclarando el panorama al respecto;

- Deberán aplicarse multas punitivas a quienes utilicen contrainformación de este tipo;

- Deberán exigir la publicación de mayor cantidad de normas en lugares donde se produce el consumo de manera masiva y compulsiva. Estos datos deberán ser expresados de modo didáctico y no sólo con el texto frío de la ley;

²⁵⁹ Cuando en este tipo de casos me refiero al “consumidor” o al “usuario” intento hacer referencia a la generalidad de ellos, salvando las excepciones de las personas que tienen la ventaja y posibilidad de informarse más al respecto y así luchar más por el ejercicio de sus derechos.

²⁶⁰ En la mayoría de los casos la contrainformación es expresada por el proveedor de manera clara, pedagógica y atractiva, para que cualquier persona pueda entenderla fácil y rápidamente.

²⁶¹ Situación que en la actualidad quizá hasta resulta más cómoda por la falta de tiempo para reclamar e iniciar las acciones administrativas y judiciales pertinentes.

-Deberán ampliarse los módulos de materias relativas a los derechos de los consumidores en las escuelas secundarias;

- Deberán capacitarse correctamente a los docentes que conlleven la importante tarea mencionada en el punto anterior.

III. CONCLUSIÓN.

La contrainformación es una herramienta también utilizada en los mercados del consumo por el proveedor para limitar, suprimir, neutralizar, de manera inmediata, progresiva y permanente el ejercicio de los derechos de los consumidores. El éxito de la contrainformación de mercado afecta el conocimiento de los consumidores respecto de sus derechos y disminuye los reclamos de éstos últimos.

Ante esta situación la autoridad de aplicación no debe hacer caso omiso sino tomar medidas conducentes a la punición y consecuente eliminación de este tipo de campañas de desinformación, provocando un efecto contrario que permita un mayor y más eficiente ejercicio de los derechos de los consumidores.

LA REGULACIÓN DE LAS PRÁCTICAS ABUSIVAS.-

POR WALTER FERNANDO KRIEGER

I. DEFINICIÓN.-

Señala Lorenzetti²⁶² que las *prácticas comerciales* son los procedimientos, mecanismos, métodos o técnicas utilizados para fomentar, mantener, desenvolver o garantizar la producción de bienes y servicios.

En este sentido, Japaze²⁶³ enuncia estas técnicas en forma no taxativa y señala como prácticas comerciales a: 1) la publicidad; 2) la oferta combinada; 3) la promoción de productos con sorteos y rifas; 4) La venta a distancia; entre otros.

Va de suyo que todos estos elementos son parte de nuestra vida cotidiana y resultan esenciales para los proveedores para instalar sus productos y servicios en el mercado.

Así, hay acuerdo en la doctrina (Japaze, Hernandez, Frustragli) en sostener la licitud de estas prácticas como norma general; constituyéndose en ilícitas cuando se lesionen derechos o libertades del consumidor o se vulneren las buenas prácticas mercantiles (Japaze Belén, idem cit. Ant., p. 297).

Estas situaciones de abusividad en el ejercicio de las prácticas comerciales denotan en la práctica una alteración de la libertad y dignidad del consumidor, en tanto o bien lo exponen a situaciones humillantes y vejatorias; o bien lo incitan a la adquisición de bienes y servicios mediante el engaño o la coacción.

Puede decirse entonces que la práctica comercial abusiva se puede dar tanto en el marco de un contrato de consumo en curso, como en la etapa previa a la concreción del mismo, como en la etapa posterior; estando todos estos supuestos igualmente regulados por la Ley.

²⁶² Lorenzetti Ricardo L. *Consumidores*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 136.

²⁶³ Japaze Belén en Rusconi Dante, *Manual de Derecho del Consumidor*; Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 297

Todas estas afirmaciones encuentran su origen, además, en la Directiva del Parlamento Europeo 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales; norma que clasifica las prácticas comerciales abusivas en dos ramas:

- a) las prácticas comerciales engañosas (que pueden darse por acción o por omisión);
- b) las prácticas comerciales agresivas.

a.- Prácticas comerciales engañosas.-

Como bien dice la norma referida, las prácticas comerciales engañosas pueden darse por acción, o por omisión.

Las primeras, según el texto de la Directiva Europea, se darán cuando el proveedor de información inexacta sobre:

- a) existencia o la naturaleza del producto;*
- b) las características principales del producto (su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su composición, su origen geográfico, los resultados que pueden esperarse de su utilización, etc.);*
- c) el alcance de los compromisos del comerciante;*
- d) el precio o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio;*
- e) la necesidad de un servicio o de una reparación.*

En tanto, la omisión se configurará *cuando se omita o se ofrezca de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no es el adecuado la información sustancial que necesita el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción, lo que, en consecuencia, hace o puede hacer que el consumidor tome una decisión sobre la compra que de otro modo no hubiera tomado.*

La tutela del consumidor frente a este tipo de prácticas, se sustentará entonces en la regulación de la publicidad y las exigencias en el cumplimiento adecuado del deber de información.

b.- Prácticas comerciales agresivas.-

Conforme la directiva europea, son prácticas comerciales agresivas las que vulneren la libertad de elección del consumidor forzándolo a tomar decisiones bajo acoso, coacción o influencia indebida.

Serán, según la norma señalada, indicios a considerar a la hora de valorar la agresividad de una práctica.

- a) la naturaleza,
- b) el lugar y la duración de la práctica agresiva;
- c) el posible empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante;
- d) la explotación por parte del comerciante de una circunstancia específica que afecte al consumidor, para influir en su decisión;
- e) cualesquiera condiciones no contractuales desproporcionadas impuestas al consumidor que quiere ejercitar sus derechos contractuales (por ejemplo, el de poner fin al contrato o el de modificarlo).

Se observa entonces que la práctica agresiva es una cuestión de “hecho” que debe ser ponderada por el Juez en cada caso en particular, considerando la acción del proveedor respecto del consumidor.

Los límites frente a estas prácticas se encuentran en la tutela del trato digno (Art. 8° bis de la Ley 24.240 y Art. 1098 del Cód. Civil y Comercial), la consagración del derecho del consumidor a la libertad de contratar (Art. 1099) y la limitación al ejercicio de la posición dominante en el mercado (Art. 11).

En este contexto, existen dos supuestos que abordaremos concretamente en razón de las particularidades que exhiben, dado que existe un límite muy fino entre la práctica comercial lícita y la ilícita: la diferenciación de la clientela y las prácticas comerciales que restringen la libertad de elección del consumidor.

II. DIFERENCIACIÓN DE CLIENTELA. PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN.-

Ciertamente puede suceder que por un determinado tipo de actividad, el proveedor necesite diferenciar el trato a la clientela en razón de su actividad.

Nace desde esta perspectiva, la duda respecto de como puede hacerlo y en qué medida, sin incurrir en un trato discriminatorio.

El tema ha sido tratado en la doctrina peruana por Agüero Miñano y Rodríguez García²⁶⁴, y del análisis por ellos realizados, y coincidiendo con el mismo, podemos señalar que el parámetro de conducta a seguir por el proveedor es parecido a los que la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en el fallo “Hertzriken”²⁶⁵, impuso para los contratos paritarios ellos son:

a) El trato diferenciado debe basarse en cuestiones objetivas y razonables, existentes con anterioridad a la elección.-

Se entiende que las cuestiones son objetivas cuando la toma de decisión se fundan en hechos que no están relacionados con la subjetividad del consumidor (sexo, raza, religión, nacionalidad, orientación sexual, etc); en tanto el trato diferenciado por cuestiones subjetivas claramente nos harán presumir la existencia de un trato discriminatorio.

En cuanto a la razonabilidad, si bien es una cuestión de hecho a ponderar en cada caso en concreto, entendemos como “razonable” al hecho objetivo con entidad suficiente para determinar la necesidad de realizar una selección.

²⁶⁴Miñano Agüero Martiza, Rodríguez García Gustavo, *El derecho y la economía de la discriminación en el consumo*, Ed. ECB Ediciones, Lima, 2014, p. 43

²⁶⁵C. Nac. Civ., Sala J, 11.10.2006, “*Hertzriken Luciano c. Sanfuentes Ferndandez Magdalena s. daños y perjuicios*”.-

b) El trato diferenciado debe obedecer a una situación de hecho que justifique el trato diferente.-

El trato diferenciado debe estar dado en una situación de hecho concreta y real, ya existentes al momento de realizarse la diferenciación. Ello se funda en la necesidad de evitar que el proveedor vaya disfrazando la necesidad de un trato diferenciado en necesidades posteriores y con ello oculte un trato discriminatorio.

c) Debe existir proporcionalidad entre el trato diferenciado proporcionado y el fin perseguido.-

La diferenciación debe ser siempre lo menos gravosa posible, tendiente a consagrar el trato igual entre iguales.

III. PROTECCIÓN FRENTE A LAS PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS DE LA LIBERTAD DE ELECCIÓN.

Otra innovación importante del nuevo Código es la regulación del derecho a la libertad de elección de los consumidores y la prohibición de las prácticas comerciales que la restringen.

El derecho a la libertad de elección, reconocido por el artículo 42 de la Constitución Nacional, es una reafirmación del clásico principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual y del principio de "soberanía del consumidor".

Este derecho, tiene por contenido la posibilidad de elegir, por parte de los consumidores, entre diferentes productos y servicios dentro del mayor surtido y a los precios más bajos.

Sostiene Rusconi²⁶⁶ que la libertad de elección importa el ejercicio libre e irrestricto de la voluntad en el marco de las relaciones de consumo, exteriorizado mediante la posibilidad de efectuar verdaderas opciones, sin condicionamientos arbitrarios o ilegítimos.

Afirma dicho autor que las restricciones a la libertad de elección pueden darse por ser la consecuencia del funcionamiento corrompido del mercado o en el marco de relaciones interindividuales entre proveedores y consumidores, contractuales o no

En cuanto al derecho a la libertad de elección y las restricciones referidas al funcionamiento corrompido del mercado, cabe señalar que este derecho tiene como presupuesto la existencia de una economía de mercado capitalista de libre competencia privada, donde los proveedores pueden ofertar libremente sus productos y servicios a los consumidores.

Enseña Kemelmajer.²⁶⁷ que un mercado se desarrolla en un régimen de competencia si se presentan los siguientes elementos:

- a) Formación autónoma de los precios; es decir, ningún empresario tiene capacidad, por sí solo, para fijar el precio del mercado.
- b) Imposibilidad de que las empresas concurrentes basen su política industrial, comercial y de ventas exclusivamente en decisiones propias.
- c) Libertad de elección de los consumidores

En este esquema, los consumidores pueden optar de manera racional y voluntaria entre diferentes alternativas de bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades.

Si bien esta premisa llevada al extremo es en cierta medida una utopía, cierto es que para propender a una mayor libertad de elección de los consumidores las autoridades públicas deben garantizar a los consumidores la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, propendiendo al control de los monopolios y oligopolios y el acceso a variedades de productos y servicios.

²⁶⁶ RUSCONI, Dante (coordinador), *Manual de Derecho del Consumidor*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2009, p. 88.

²⁶⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Derechos de los consumidores y Derecho de la Libre Competencia*, Separata Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, Abril 2001, p. 29

En este sentido, cabe recordar, que la competencia no es un fin en sí misma y tiene significación sólo en la medida que mejore la relación calidad-precio de los productos y servicios puestos en el mercado, en beneficio de los consumidores.

Puede observarse, por tanto, la íntima vinculación que existe entre el Derecho del Consumidor y el Derecho de la Competencia.²⁶⁸

En el grupo de las relaciones interindividuales de tipo contractual podemos ejemplificar los supuestos de "cláusulas abusivas" que impidan, dificulten o condicionen inequitativamente la capacidad de elección, ya sea en supuesto de "ventas atadas", programas de "fidelidad" o cláusulas relativas a la rescisión contractual.

En las relaciones extracontractuales podemos mencionar a la utilización de prácticas de comercialización abusivas y/o agresivas.

Sobre el artículo 1099 CCyC en particular corresponde tener presente que la norma protege, en general, la libertad de contratación de los consumidores.

Esto implica, por tanto, que la decisión de contratar o no contratar, qué contratar y en qué condiciones debe ser adoptada por los consumidores de forma libre e informada. Por consiguiente, toda acción generalizada por desvirtuar el ejercicio de este derecho por los consumidores deberá entenderse como una práctica abusiva²⁶⁹.

Asimismo, establece como un supuesto particular de vulneración a la libertad de contratación las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo. Son las denominadas "ventas atadas". Podemos aproximarnos al concepto de "venta atada" diciendo que se trata de aquellas operaciones mediante las cuales un proveedor condiciona la contratación de un bien o un servicio a la adquisición por parte del consumidor de otro bien o servicio diferente al principal²⁷⁰.

²⁶⁸ BAROCELLI, Sergio Sebastián, "Libertad de elección del consumidor y "ventas atadas" en el Proyecto de Código", LL Act. 22/05/2014 , 1

²⁶⁹ Barocelli, Sergio Sebastián, "Libertad de elección del consumidor y "ventas atadas" en el Proyecto de Código", LL Act. 22/05/2014 , 1

²⁷⁰ Barocelli, Sergio Sebastián, "Libertad de elección del consumidor y "ventas atadas" en el Proyecto de Código", LL Act. 22/05/2014 , 1

La venta atada se presenta, generalmente, a través de una cláusula en la relación de consumo, aunque también puede presentarse bajo la forma de descuentos o premios. Suelen distinguirse varios tipos de ventas atadas. Uno de dichos tipos estaría conformado por las ventas en bloque obligatorias (*pure bundling o block booking*), en las cuales los bienes sólo se ofrecen en paquetes que contienen proporciones fijas de los productos involucrados. Otra clase de venta atada es la que implica la existencia de requerimiento de comprar otros bienes (*requirement tying*) para poder acceder a un determinado producto o servicio, siendo un caso especial de esta última las situaciones en las cuales el producto vinculado es el mantenimiento o los repuestos de un bien durable (*aftermarket tying*) Sería un ejemplo de este último, la obligación de contratar un servicio de instalación de aire acondicionado impuesto por el proveedor para que el consumidor, a futuro, pueda hacer valer garantías legales o convencionales.²⁷¹

Podemos sostener que constituyen elementos para que se configure una venta atada:

a) La existencia de dos bienes diferentes.-

Para determinar si estamos en presencia de una venta atada corresponde determinar, en primer término, si la relación de consumo objeto de examen implica la venta de dos productos diferenciados o si, por el contrario, ha de ser vista como la venta de un solo producto compuesto. La forma más rápida de evadir la calificación de una venta atada es sostener que no existen dos bienes diferentes sino que se trata de uno solo, como sucede por ejemplo con un automóvil y todos los accesorios que contiene (vidrios, espejos, llantas, etc.), ya que el hecho que puedan venderse por separado no impide que sean componentes de un mismo producto.

Para poder ser calificada como venta atada, y por tanto, susceptible de encuadrar en la práctica abusiva contemplada por el artículo 1099 CCC, debe existir un bien o servicio "principal" o "de anclaje" y un bien o servicio "secundario" o "atado".

Asimismo, debe existir entre esos dos bienes o servicios una vinculación artificial o innecesaria. Podemos ilustrar como ejemplos de ventas atadas la contratación de un

²⁷¹ Barocelli, Sergio Sebastián, "Libertad de elección del consumidor y "ventas atadas" en el Proyecto de Código", LL Act. 22/05/2014, 1

préstamo bancario en las que se impone un contrato de seguro a contratarse con una compañía impuesta por el proveedor y los servicios profesionales de un escribano.

b) Que la venta del bien principal esté condicionada a la compra conjunta del bien atado.-

Este es otro elemento fundamental. Necesariamente tiene que existir la imposibilidad de contratar el bien o servicio principal sin la conjunta contratación del bien o servicio "atado".

En el campo del derecho de la competencia se sostiene que lo fundamental para distinguir si esta práctica tiene potencial lesivo es si la unión de productos posee sentido desde un punto de vista económico o si de esa vinculación no se deduce una justificación económica aparente, esto es, la posibilidad de disociación económica.

Se deben tener presentes a los efectos de su evaluación los intereses de los productores, de los consumidores, la naturaleza de los productos, los usos mercantiles y de mercados diferenciales para cada uno de los productos.

En este punto, resulta importante tener en cuenta si existe "posición dominante" en el mercado del producto primario o de anclaje.

Esta posición dominante permite forzar al interesado en este producto primario la compra del producto secundario. De esta forma se produce un doble efecto: se está abusando del dominio en el primer mercado y se está distorsionando el segundo mercado, ya que se impide o dificulta a eventuales oferentes en este proveer sus productos en igualdad de condiciones.

En el primer caso, se trata de un abuso de posición dominante y en el segundo, se trata de una subvención cruzada, ya que apoyándose en el poder en un mercado se compite en un segundo mercado, relegando a la competencia de este segundo mercado que, al no poseer el producto de anclaje, se encuentra en inferioridad de condiciones.²⁷²

²⁷² Barocelli, Sergio Sebastián, "*Libertad de elección del consumidor y "ventas atadas" en el Proyecto de Código*", LL Act. 22/05/2014, 1

IV. CONCLUSIÓN.-

La adopción por parte de los proveedores de prácticas comerciales destinadas a la promoción de productos o servicios en el mercado son, como norma general, lícitas y válidas; pero en la medida que afecten la libertad de elección del consumidor, ya sea mediante el engaño, ya sea mediante la inducción a la contratación manipulando su voluntad, se tornarán en ilícitas y pasibles de sanciones administrativas y de reclamos por parte de los consumidores y usuarios.

DERECHO DE ARREPENTIMIENTO DEL CONSUMIDOR, COMERCIO ELECTRÓNICO Y DIÁLOGO DE FUENTES.-

Por Andrés Nicolás BELTRAMO y Maximiliano Daniel BONED

“El potencial para el abuso de poder a través de las redes digitales – de las cuales hoy dependemos para casi todo, incluso la política – es una de las mayores amenazas en la era de Internet.”

- Rebecca MacKinnon

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Siguiendo con una temática que en mayor o menor extensión ya ha sido abordada por algunos de los miembros del equipo de investigación que llevó a cabo la presente obra, en esta sección pretendemos recapitular sobre los temas más relevantes que fueron tratados en esos aportes (dada su relevancia y centralidad en esta materia), estableciendo una suerte de “estado del arte” de hasta dónde habíamos llegado colectivamente en la investigación y desarrollo de esta temática.

En base a lo expuesto en el párrafo anterior, tratamos en lo posible de refinar o emitir algún tipo de comentario al respecto. Estos comentarios están orientados o a reafirmar la vigencia de lo expuesto y su actualidad, a señalar si ha cambiado y cómo, o son una reseña que tiene que ver con los distintos puntos de vista y cuestiones que surgieron al exponer el enfoque de esta investigación en las reuniones de este equipo. De esta manera está presente la lógica del diálogo de las fuentes en este diálogo de ideas y conceptos plasmados en los trabajos elaborados por distintos miembros del equipo de investigación y en las discusiones llevadas a cabo en las reuniones mantenidas.

Finalmente, es importante destacar que si bien desarrollaremos sobre las formas usuales e históricas en que el consumidor se ha relacionado con el proveedor a distancia, buena parte del análisis será sobre la problemática de las contrataciones a través de Internet, ya que comparten las características con los otros tipos de relaciones no presenciales entre los consumidores y proveedores, pero a su vez configuran un fenómeno más complejo y matizado, y al que dedicamos buena parte de los siguientes apartados.

Así, los aportes de esta sección se centran en:

1. Los fundamentos que justifican la adopción de un régimen diferenciado en materia de contratación de los consumidores a distancia.
2. Un análisis e interpretación del principal derecho interno tutelar de las relaciones de los consumidores a distancia, especialmente aquellas que se dan a través de Internet.
3. Cuestiones y normativa que consideramos útil tener en cuenta en materia de comercio electrónico.
4. El diálogo entre las distintas fuentes (legal, infralegal y supralegal) que intervienen en la tutela del consumidor a distancia.

II. CONTEXTO Y FUNDAMENTOS DE UN RÉGIMEN DIFERENCIADO

Señala el Profesor Barocelli que en el campo de las relaciones de mercado, y por consiguiente, de las relaciones jurídicas, pueden observarse importantes transformaciones. Los términos de intercambio han pasado de relaciones contractuales celebradas tras un período de negociaciones en las que las partes, en pie de igualdad, acordaban las condiciones de sus relaciones jurídicas patrimoniales, a relaciones de cambio masificadas, tecnificadas y despersonalizadas, con condiciones muchas veces prerredactadas y uniformizadas a nivel global. Los consumidores ya no van al “mercado” a conocer, apreciar, comparar y, en su caso, contratar los bienes y servicios, sino que es el mercado que, valiéndose de dispositivos cada vez más tecnificados e invasivos penetra en los

hogares, en los lugares de trabajo o estudio, en la vía pública o través de los medios de comunicación o tecnológicos en condiciones sorprendidas y/o agresivas²⁷³.

Así, en respuesta a estas distintas prácticas llevadas a cabo por un amplio espectro de proveedores, en las que por diferentes motivos el consumidor, sujeto de por sí débil en la relación de consumo, se encuentra en una situación de particular vulnerabilidad, el legislador ha incluido en la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) y en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) una serie de normas que tienden a la especial tutela del consumidor en estas circunstancias, dándole la facultad de “arrepentirse” del contrato celebrado. Justamente esta doble regulación que en algunos aspectos se superpone, requiere de un adecuado diálogo de fuentes a luz de los principios del Derecho del Consumidor para determinar sus alcances y aplicación.

III. CONCEPTO Y MARCO NORMATIVO

La LDC regula la cuestión de las contrataciones a distancia, las celebradas fuera del establecimiento del proveedor y del derecho de arrepentimiento en los artículos 32 (Venta fuera del establecimiento del proveedor), 33 (Ventas a distancia), y 34 (Derecho de arrepentimiento). Los dos primeros artículos citados contienen el “marco fáctico”, o aquellas situaciones meritorias de especial tutela del consumidor, y el último otorga el derecho de arrepentimiento y describe su operatoria.

Este derecho de arrepentimiento es el instituto que justamente permite corregir la marcada asimetría que se da en este ya mencionado marco fáctico, y a pesar de haber un apartado dedicado específicamente a tratarlo, estimamos conveniente dar una definición abarcadora en esta instancia. Dentro del Sistema de Defensa del Consumidor, **el derecho de arrepentimiento es la potestad de extinguir un contrato (que debe ser instrumentado por escrito y con ciertas precisiones) dentro de determinado plazo, que la ley le confiere al consumidor al darse una serie de situaciones fácticas en las que se ve expuesto a una especial vulnerabilidad.** Dicha vulnerabilidad genera una suerte de

²⁷³ BAROCELLI, S. S., “*Relaciones de Consumo Fuera de los Establecimientos y a Distancia*”. En Rojo, M. L. (coordinadora), *Temas actuales de protección al consumidor*, Ediciones Universidad del Salvador, Bs. As., 2015, ISBN 978-950-592-185-0, p. 5 a 37.

relación de consumo agravada que por lo tanto merece una protección aún mayor que la ya otorgada por el resto del sistema para las contrataciones tradicionales.

En los siguientes apartados desglosaremos primero cuáles son estos supuestos que permiten el ejercicio del derecho de arrepentimiento atendiendo a sus particularidades, y estudiándolos separadamente en dos grandes grupos que presentan a su vez diferentes sub-supuestos. Se utilizará como principal criterio de distinción entre los dos conjuntos no solo el hecho de que se encuentran tutelados por artículos diferentes de la LDC y del CCyCN, sino también el fundamento o motivo de cada uno para otorgar esta protección adicional (dada a través de la potestad extintiva), pues sus consecuencias llevan al mismo resultado – la posibilidad del consumidor de ejercer el derecho de arrepentimiento.

Es importante recordar que el CCyCN solo ha sustituido expresamente los artículos 1º, 8º, 40 bis, y 50 de la Ley 24.240 t.o. Por lo tanto los artículos introducidos en materia de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y derecho de arrepentimiento solo corresponde aplicarlos cuando favorezcan a la situación del consumidor con respecto al esquema de la LDC. Y es que además así lo establece expresamente el CCyCN en su artículo 1094, in fine: *“En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”*, regla fundamental para el correcto diálogo de fuentes.

Como comentario general al bloque de normas del Capítulo 3 del Título III del Libro Tercero del CCyCN, titulado “Modalidades Especiales”, creemos que la elección de este título resulta ambigua, ya que dificulta saber de qué se está hablando, y presenta la cuestión como algo mucho menos definido y puntual, induciendo al lector a pensar en una gran cantidad de cosas antes del tema que realmente se trata aquí (ya que efectivamente este apartado no trata otras “modalidades”). Esto entra en conflicto con la premisa que tuvo la Comisión Redactora de un Código en el “lenguaje más claro posible”²⁷⁴.

274 LORENZETTI, R. L., *Presentación del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Sitio de consulta y debate sobre el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, mayo de 2012, en: <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Presentacion-de-Dr-Ricardo-Lorenzetti.pdf> [Accedido el 08/11/2014].

IV. CONTRATACIONES CELEBRADAS FUERA DEL ESTABLECIMIENTO DEL PROVEEDOR

Trata la cuestión de las contrataciones celebradas fuera del establecimiento del proveedor la LCD, en su artículo 32, que establece lo siguiente: *“Venta domiciliaria. Es la oferta o propuesta de venta de un bien o prestación de un servicio efectuada al consumidor fuera del establecimiento del proveedor. También se entenderá comprendida dentro de la venta domiciliaria o directa aquella contratación que resulte de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio.*

El contrato debe ser instrumentado por escrito y con las precisiones establecidas en los artículos 10 y 34 de la presente ley. Lo dispuesto precedentemente no es aplicable a la compraventa de bienes perecederos recibidos por el consumidor y abonados al contado.”.

Este artículo empieza hablándonos de “venta domiciliaria”, cuando ya desde el título que se le dio a este apartado deberíamos inferir que lo que vamos a analizar es un supuesto mucho más amplio que la mera venta en el domicilio del consumidor. Esta designación (venta domiciliaria) viene del artículo previo a la reforma que se hizo a la ley 24.240 en el 2008²⁷⁵. En la vieja ley, el artículo 32 solo comprendía los supuestos de ventas o prestaciones de servicios realizadas en la vivienda o el lugar de trabajo del consumidor. Y sin detenernos demasiado en las modificaciones introducidas por la reforma (después de todo, lo que nos compete aquí es la legislación vigente), diremos como dato relevante que se ha pasado de utilizar el domicilio del consumidor como punto de referencia para el supuesto contenido en este artículo, al del proveedor.

Hecha la aclaración del párrafo anterior, el primer supuesto regulado por esta norma (venta o prestación de servicio fuera del establecimiento) es a lo que se ha denominado en la doctrina como *marketing directo*²⁷⁶, en donde la oferta al consumidor aparece de manera sorpresiva, al encontrarse este en un ámbito distinto al que suele hallarse cuando es él mismo quien se pone en “situación de consumo” (por ejemplo, yendo a un local), además

275 Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008

276 LOVECE, G., *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores, Ventas domiciliarias y por correspondencia*, La Ley, 2011.

de que ésta situación aparece de manera inesperada o le es impuesta. A modo de aclaración, es importante destacar que lo dicho recién en torno a la particular situación del consumidor hace justamente al fundamento del régimen protectorio agravado en estos supuestos.

¿Qué otro supuesto describe este artículo? Seguidamente al supuesto analizado en el párrafo anterior, encontramos que quedan también incluidas aquellas contrataciones que resulten de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio. Esto es cuando hay una invitación a concurrir a algún sitio preestablecido por el empresario con fines variados tales como participar de sorteos, concursos, recibir premios, etcétera. En estos supuestos, un eventual contrato que tenga un objeto diverso al que originó concretamente la convocatoria quedará sometido al régimen que analizamos²⁷⁷.

Los apartados finales del artículo no presentan grandes complicaciones interpretativas. En un primer lugar tenemos el requisito de instrumentar por escrito (y respetando las precisiones establecidas en los artículos 10 y 34 de la LDC, contenido del documento de venta y revocación de la aceptación respectivamente) el contrato producto de una venta domiciliaria, otorgando mayor seguridad a los consumidores sobre las condiciones de contratación²⁷⁸. Y en el párrafo final se exceptúa a la compraventa domiciliaria de bienes perecederos recibidos por el consumidor y abonados al contado, pero de no abonarse al contado se considerará al negocio como venta domiciliaria.

En el mismo orden de ideas el Artículo 1104 del CCyCN hace referencia a la temática que abordamos desde una arista más abarcadora, bajo un título que procura encerrar mas supuestos que los que prevé la LDC en el Artículo 32: *“ARTÍCULO 1104.- Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales. Está comprendido en la categoría de contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales del proveedor el que resulta de una oferta o propuesta sobre un bien o servicio concluido en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública, o por medio de correspondencia, los que resultan de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del*

277 DE LORENZO, M. F., “Contrato de consumo y derecho al arrepentimiento”, La Ley, 2009.

278 LOVECE, G., *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores, Ventas domiciliarias y por correspondencia*, La Ley, 2011.

proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio.”

De esta manera, el CCyCN vuelve en parte a la redacción del artículo 32 antes de la reforma introducida en el 2008 cuando se menciona el “domicilio o lugar de trabajo del consumidor”. Asimismo, resulta confusa la inclusión de los contratos celebrados por medio de correspondencia aquí, ya que este sería un claro supuesto de un contrato celebrado a distancia, que el Código Civil y Comercial trata en el subsiguiente artículo.

V. CONTRATACIONES A DISTANCIA

Bajo este título se nos presenta un supuesto de características diferentes a las analizadas en el artículo anterior. La particularidad está dada por el modo en que se da la comunicación entre el proveedor y el consumidor. Esta gira en torno a una respuesta no inmediata por parte de ambos. El artículo dice lo siguiente: “*ARTICULO 33. — Venta por Correspondencia y Otras. Es aquella en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios.*”

No se permitirá la publicación del número postal como domicilio.”.

De contrastar aquellos supuestos incluidos en el artículo 32 (estudiado en el apartado anterior) con los del artículo 33, de una primera lectura surge que las situaciones contempladas son muy distintas. ¿Entonces por qué se las somete al mismo régimen en la LDC? Porque si bien la técnica legislativa empleada es cuando menos opinable, recapitulando de alguna manera lo que se vino diciendo, tanto en las contrataciones fuera del establecimiento del proveedor como en aquellas celebradas a distancia, el consumidor se encuentra en mayor desventaja que en las contrataciones de consumo tradicionales.

Para sintetizar las diferencias entre los fundamentos protectorios de los supuestos del artículo 32 y los contenidos en el 33, diremos que la denominada *venta a domicilio* (Art. 32) constituye un fenómeno vinculado con las *técnicas contractuales agresivas*, bajo circunstancias en que el consumidor no estaba preparado para la venta, por ello se le otorga una nueva oportunidad a fin de que pueda reflexionar suficiente y detenidamente sobre la

conveniencia del contrato celebrado²⁷⁹. En cambio, la llamada *contratación a distancia* (Art. 33) presenta un consumidor cuya condición en concreto depende de diferentes factores, y de la técnica de comunicación empleada para contratar a distancia²⁸⁰. En la contratación a distancia, incluso cuando el consumidor pudo haber tenido tiempo para reflexionar, no ha existido interacción directa entre las partes, y el producto o servicio podría no adecuarse a sus expectativas o necesidades²⁸¹.

Con respecto al artículo 33 en concreto, la jurisprudencia ha entendido²⁸² que el término “similar” contempla tanto las situaciones actuales como las futuras en las cuales las partes no se encuentran presentes al momento de la conclusión del acuerdo. En cuanto a la última parte de este artículo, que prohíbe la publicación del número postal como domicilio, va de la mano con un requisito del contenido del documento de venta (art. 10, inc. c), y busca impedir que el proveedor se escude tras el anonimato.

Este tipo de contrataciones tienen especial relevancia hoy en día, ya que creemos que está de más (pero igual lo vamos a hacer) mencionar, a esta altura, que los medios informáticos (un supuesto contenido en el artículo que estamos estudiando) cada vez se integran a más aspectos de nuestra vida en sociedad, y el derecho se ha tenido que ir re-adequando en consecuencia, dejando de lado concepciones clásicas y adaptándose a los nuevos tiempos. Por lo que llamo la atención a la contratación por medios informáticos porque esta ocupa hoy un lugar muy importante a nivel nacional e internacional, y para muchos forma parte de lo cotidiano.

A su vez en el CCyCN está el Artículo 1105 que tiene como correlato al artículo 33 de la LDC que establece lo siguiente: *“ARTÍCULO 1105.- Contratos celebrados a distancia. Contratos celebrados a distancia son aquéllos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes.*

279 CALDERÓN, M. R. - MÁRQUEZ, J.F., *El arrepentimiento en el derecho del consumo*, La Ley, 2009.

280 GRISI, G., “*Lo ius poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*”, Riv. Critica di Diritto Privato, 2001.

281 LOVECE, G., *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores, Ventas domiciliarias y por correspondencia*, La Ley, 2011.

282 CContenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 02/12/2004, “*Sprayette S.A. c. Ciudad de Buenos Aires*”, RcyS, 2005-785 – AR/JUR/4585/2004.

En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa.”

Lo único a mencionar es que resulta cuando menos llamativo a la luz de la inclusión de la correspondencia en el artículo 1104, que aquí estén previstos expresamente todos los medios de comunicación mediante los cuales no haya presencia física simultánea de los contratantes, e incluso se enfatiza en los “medios postales”.

VI. EL DERECHO DE ARREPENTIMIENTO

En consonancia con lo que se viene explicando, el derecho de arrepentimiento contenido en el artículo 34 de la LDC constituye una suerte de dimensión instrumental de los supuestos contenidos en los artículos 32 y 33, y permite sanear el consentimiento imperfecto que la LDC entiende que presta el consumidor en estas situaciones. En este sentido, el art. 34 de la LC establece lo siguiente: *”ARTICULO 34. — Revocación de aceptación. En los casos previstos en los artículos 32 y 33 de la presente ley, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de DIEZ (10) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada.*

El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que con motivo de venta le sea presentado al consumidor.

Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria.

El consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último.”

La doctrina ha erigido grandes críticas en torno al nombre que la ley le da a esta potestad en cabeza del consumidor, sosteniendo que incurre en un *equivoco terminológico* al referirse a la facultad como “Revocación de la aceptación”²⁸³. Es que incluso si se trata de

283 CALDERÓN, M. R. - MÁRQUEZ, J.F., *El arrepentimiento en el derecho del consumo*, La Ley, 2009.

un contrato entre ausentes (de ser entre presentes la formación del contrato sería instantánea), recibida la aceptación por parte del oferente, queda perfeccionado el contrato (art. 980 b) del CCyCN), pudiendo retractarse la aceptación solo hasta antes de que llegue a conocimiento del oferente o conjuntamente con la aceptación (art. 981 del CCyCN); por lo que la voluntad revocatoria del consumidor siempre se dirige a un negocio ya configurado y no a su mera aceptación. Lo que se deja sin efecto (*extingue*) cuando se ejerce el derecho de arrepentimiento es el contrato propiamente dicho.

Otra discusión se desprende necesariamente de la relativa al *nomen iuris* del derecho de arrepentimiento, y es la que tiene que ver con su naturaleza jurídica. De Lorenzo acota que definir la naturaleza jurídica no se reduce a un problema meramente dogmático, sino que tiene un gran impacto en las cuestiones prácticas vinculadas con la responsabilidad derivada de la pérdida o destrucción del bien objeto de la contratación como de una eventual responsabilidad civil frente a terceros²⁸⁴. Si bien esto es cierto, creo que ha habido una *sobreconceptualización* en torno al tema. La potestad de arrepentirse que la ley 24.240 y el CCyCN le confieren al consumidor es una nueva causa de resolución, y resulta inconveniente recurrir a viejos cánones para explicar su naturaleza. Recurrir a institutos oscuros para intentar explicar o clasificar al derecho de arrepentimiento no hace más que obstaculizar su entendimiento.

Así las cosas, dada una contratación en el contexto de los supuestos del artículo 32 o del 33, el consumidor tendrá diez (10) días corridos que se computan desde la celebración del contrato o la entrega del bien, lo último que ocurra. Graciela Lovece señala²⁸⁵ que esto contempla la posibilidad de que exista un período de tiempo entre ambos momentos, y menciona como ejemplo a los servicios vendidos telefónicamente en donde la entrega puede producirse antes que la instrumentación por escrito obligatoria del contrato. A pesar de que el artículo 34 de la LDC utiliza el término *celebración*, considero que es claro que, tal como ejemplifica Lovece, el supuesto ante el que se podrá estar es el de la posterior instrumentación, ya que no tiene mucho sentido que se entregue un bien sin antes técnicamente haber celebrado un contrato por aquél.

284 DE LORENZO, M. F., *Contrato de consumo y derecho al arrepentimiento*, La Ley, 2009.

285 LOVECE, G., *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores, Ventas domiciliarias y por correspondencia*, La Ley, 2011.

En consonancia con el carácter de orden público de la LDC, y su artículo 37, el artículo 34 proscribiera expresamente la dispensa o renuncia del derecho de arrepentimiento.

El derecho de arrepentimiento implica también la obligación del vendedor de informar por escrito y de manera clara y notoria en el documento de venta la facultad extintiva en cabeza del consumidor. La Resolución 906/98 de la Secretaría de Industria marca en su artículo 4º las características que debe tener esta notoriedad mencionada, estableciendo que “la fórmula preestablecida deberá ser consignada en negrita y caracteres tipográficos equivalentes como mínimo al doble del tamaño de los utilizados en el cuerpo o texto general del documento”.

La voluntad extintiva del consumidor deberá ser comunicada fehacientemente al proveedor, pero sin requisitos en cuanto a su forma.

El CCyCN recepta el derecho de arrepentimiento en su artículo 1110, de la siguiente manera: *“ARTÍCULO 1110.- Revocación. En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia, el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los DIEZ (10) días computados a partir de la celebración del contrato.*

Si la aceptación es posterior a la entrega del bien, el plazo debe comenzar a correr desde que esta última se produjo.

Si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el primer día hábil siguiente.

Las cláusulas, pactos o cualquier modalidad aceptada por el consumidor durante este período que tengan por resultado la imposibilidad de ejercer el derecho de revocación se tienen por no escritos.”

Nuevamente vemos una suerte de incongruencia con respecto a los contratos celebrados a distancia y aquellos que utilizan medios electrónicos, ya que en el artículo 1109 contempla a los contratos celebrados por medios electrónicos como un supuesto aparte, y en este se omite tal distinción, como debería ser ya que estos no son más que un subtipo de contratos a distancia. El resto del artículo retoma varias cuestiones reguladas por el actual 34 de la LDC de manera prácticamente íntegra, por lo que lo que aplica lo comentado en los párrafos precedentes.

A su vez, el CCyCN, en los artículos subsiguientes al 1110, da mayores precisiones que las dadas por la LDC en cuanto al derecho de arrepentimiento: *“ARTÍCULO 1111.- Deber de informar el derecho a la revocación. El proveedor debe informar al consumidor sobre la facultad de revocación mediante su inclusión en caracteres destacados en todo documento que presente al consumidor en la etapa de negociaciones o en el documento que instrumente el contrato concluido, ubicada como disposición inmediatamente anterior a la firma del consumidor o usuario. El derecho de revocación no se extingue si el consumidor no ha sido informado debidamente sobre su derecho.”*

Este artículo especifica lo que implica la previsión de incluir la facultad revocatoria de manera “clara y notoria” (art. 34 LDC), estableciendo cómo y dónde debe figurar en el contrato. Sin embargo, entendemos que la presente normativa en comparación con el artículo de la LDC citado usa una terminología poco acertada, ya que el contrato en sí fue consumado y la unión de voluntades tuvo lugar; es en ese entonces más factible utilizar la expresión resolución, entendiendo que el contrato ya fue celebrado y este está sujeto a una suerte de cláusula que está presente de manera implícita que lo faculta al consumidor a resolver el contrato dentro del plazo que la ley estipula, dejando sin efecto alguno el acuerdo celebrado.

El siguiente artículo del CCyCN especifica el modo en que debe expresarse la voluntad de ejercer la facultad revocatoria para que pueda llevarse adelante: *“ARTÍCULO 1112.- Forma y plazo para notificar la revocación. La revocación debe ser notificada al proveedor por escrito o medios electrónicos o similares, o mediante la devolución de la cosa dentro del plazo de DIEZ (10) días computados conforme lo previsto en el artículo 1110.”*

Dado que el sistema contenido en la LDC no ahonda en la forma en que el consumidor debe comunicar su voluntad extintiva al proveedor, de no respetarse el precedente artículo pero de todas maneras haber notificación fehaciente dentro del plazo estipulado, el derecho de arrepentimiento habrá sido ejercido válidamente, pues dicha interpretación es la que se corresponde con un apropiado diálogo de estas dos fuentes normativas.

Siguiendo ordenadamente el articulado del CCyC en esta materia: *“ARTÍCULO 1113.- Efectos del ejercicio del derecho de revocación Si el derecho de revocar ha sido ejercido en tiempo y forma por el consumidor, las partes quedan liberadas de sus obligaciones*

correspectivas y deben restituirse recíproca y simultáneamente las prestaciones que han cumplido.”

Aquí es notoria la previsión de restituir recíproca y simultáneamente las prestaciones, ya que esto podría resultar poco conveniente en términos prácticos. Además su inclusión es confusa, y representa de alguna manera una carga que la LDC no pone en cabeza del consumidor; el artículo 34 de la LDC establece que el consumidor debe limitarse a la mera puesta a disposición del bien, y no su restitución. Por lo que del mismo modo que con el artículo 1112, la mera puesta a disposición por parte del consumidor configurará un ejercicio válido del derecho de arrepentimiento.

El siguiente artículo recepta soluciones a situaciones que a falta de precisiones en la norma original (art. 34 de la LDC), se fueron resolviendo doctrinaria y jurisprudencialmente: *“ARTÍCULO 1114.- Imposibilidad de devolución. La imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato no priva al consumidor de su derecho a revocar. Si la imposibilidad le es imputable, debe pagar al proveedor el valor de mercado que la prestación tuviera al momento del ejercicio del derecho a revocar, excepto que dicho valor sea superior al precio de adquisición, en cuyo caso la obligación queda limitada a este último.”*

Lo mismo se puede decir el siguiente artículo: *“ARTÍCULO 1115.- Gastos. El ejercicio del derecho de revocación no debe implicar gasto alguno para el consumidor. En particular, el consumidor no tiene que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su propia naturaleza, y tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que realizó en ella.”*

El artículo 1116 excluye determinados supuestos que de otra manera darían lugar al derecho de arrepentimiento: *“ARTÍCULO 1116.- Excepciones al derecho de revocar. Excepto pacto en contrario, el derecho de revocar no es aplicable a los siguientes contratos:*

a) los referidos a productos confeccionados conforme a las especificaciones suministradas por el consumidor o claramente personalizados o que, por su naturaleza, no pueden ser devueltos o puedan deteriorarse con rapidez;

b) los de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos que han sido decodificados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente;

c) los de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas.”

Estas exclusiones exceden lo normado por la LDC, y será cuando menos discutible en el caso concreto si subsisten tras un diálogo de fuentes guiado por principios como el protectorio, la regla de interpretación *in dubio pro consumidor* y el principio de irrenunciabilidad de derechos (por la naturaleza de normativa de orden público de la legislación en materia de protección de los consumidores).

Como vemos, si bien la técnica legislativa empleada no fue particularmente prolija y presenta algunas imprecisiones, el CCyCN claramente pretende dar mayor definición a las limitadas pautas que establece la LDC en materia de las contrataciones fuera de los establecimientos y del derecho de arrepentimiento, sin afectar drásticamente el panorama, y pudiéndose dejar de lado estas nuevas previsiones cuando en un caso concreto su aplicación resulte más gravosa para el consumidor.

VII. PRESTACIÓN DE SERVICIOS

El artículo 32 de la LDC al describir la Venta domiciliaria comienza incluyendo expresamente a la prestación de servicios, cuestión que retoma el art. 1104 del CCyCN, además el artículo 33 de la LDC y el 1105 del CCyC tampoco hacen nada para excluirla de este bloque normativo. Pero cuando se leen los artículos 34 de la LDC y 1110 del CCyCN (que como vimos regulan en particular el Derecho de arrepentimiento), estos parecen centrarse casi exclusivamente en la venta de bienes, en particular el art. 34 en su última parte, cuando establece que “el consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor [...]”, sin incluir precisiones de que esto corresponde al caso de las ventas de bienes, y de alguna manera distraendo de la posibilidad de arrepentirse de los servicios. Lo que se está diciendo con esto es que si bien la LDC y el CCyCN *mencionan* a la prestación de

servicios, no entran en detalle en cuanto a la forma específica de *arrepentirse* de ella, dejando esta posibilidad en una zona cuando menos gris.

La doctrina en este sentido es bastante pacífica en admitir el derecho de arrepentimiento cuando el servicio contratado es de ejecución diferida (o inmediata pero continuada o de tracto sucesivo), antes de que se haya prestado o terminado de prestar. Pero no cree que corresponda que el consumidor se *arrepienta* en el caso de contratos de servicios que se prestan de manera inmediata e instantánea, ya que se entiende que el servicio se ha agotado con su prestación y no es factible su restitución²⁸⁶.

VIII. PROHIBICIÓN DE PROPUESTAS QUE GENERAN UN CARGO AUTOMÁTICO

Este tema se encuentra abordado por el artículo 35, que dice lo siguiente: “*ARTICULO 35. — Prohibición. Queda prohibida la realización de propuesta al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre una cosa o servicio que no haya sido requerido previamente y que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito, que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice.*”

Si con la oferta se envió una cosa, el receptor no está obligado a conservarla ni a restituirla al remitente aunque la restitución pueda ser realizada libre de gastos.”.

Aquí se veda la realización de propuestas por parte del proveedor cuando estas generan automáticamente una obligación en cabeza del consumidor, sin que este último haya requerido la cosa o servicio ofrecido.

Bien se ha señalado²⁸⁷ que tener una propuesta por aceptada por el mero envío es contrario no solo a este artículo, sino también al principio general contenido en el artículo 919 del Cód. Civil. El silencio o cualquier comportamiento omisivo no tiene significación como conducta, como voluntad implícita, o como supuestas manifestaciones indirectas.

286 ESBORRAZ, D. - HERNÁNDEZ, C., “*La protección del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales*”, J.A., 1997; CALDERÓN, M. R. - MÁRQUEZ, J.F., *El arrepentimiento en el derecho del consumo*, La Ley, 2009.

287 DE LORENZO, M. F., *Contrato de consumo y derecho al arrepentimiento*, La Ley, 2009; LOVECE, G., *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores, Ventas domiciliarias y por correspondencia*, La Ley, 2011.

¿Por qué este artículo se encuentra regulado junto al bloque normativo que conforma el Derecho de Arrepentimiento (arts. 32, 33, y 34 de la LDC)? *Prima facie* podría parecer que poco tiene que ver con el resto de los artículos que lo preceden. Sin embargo, la jurisprudencia sobre el tema²⁸⁸ indica que el artículo 35 tiende a evitar la conducta abusiva que va en detrimento de la prestación del libre consentimiento del consumidor, quien ante la falta de información suficiente, se encuentra en situación de desigualdad de contratación. Considero que lo anterior responde a la interrogante del principio de este párrafo, ya que expone el fundamento del artículo 35, que guarda clara relación tanto con el de la tutela de los contratos celebrados fuera del establecimiento del proveedor, como aquellos celebrados a distancia, en los cuales también estamos frente a un consentimiento reducido.

En cuanto a la última parte del artículo 35, dispensa al consumidor de conservar o devolver aquella cosa enviada con la oferta. Esta previsión es acertada en tanto el consumidor no tiene por qué asumir obligaciones sobre cosas que ni siquiera solicitó.

IX. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN MEDIOS ELECTRÓNICOS E INTERNET

Como ya se mencionó, es aquí donde se debe profundizar en esta materia dado que constituye la expresión más compleja del fenómeno objeto de la presente sección, y donde resulta especialmente relevante la realización de un adecuado diálogo entre las distintas fuentes que regulan las relaciones entre consumidor y proveedor en general, y en particular y especialmente, aquellas que se dan a distancia, a través de las formas de contratación modernas.

Señala el Profesor Barocelli que el Código Civil y Comercial de la Nación contiene las siguientes previsiones en la materia:

²⁸⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala III, 12/06/2007, “*Bank Boston NA c. DNCI Disp. 214/05*”, DJ, 2007-III, 603.

a) “Artículo 1106.- Utilización de medios electrónicos. Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar.” Este criterio ya había sido incorporando, en su momento por la Ley N° 25.509 de Firma Digital.

b) Artículo 1107: “Información sobre los medios electrónicos. Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos.”

c) Artículo 1108: “Ofertas por medios electrónicos. Las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el periodo que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación.”. En este caso compartimos con el Prof. Barocelli en que hubiese sido más adecuado establecer un plazo cierto de confirmación (por ejemplo, 24 horas).²⁸⁹

Por otro lado, la Resolución N° 21/2004 del Grupo Mercado Común del MERCOSUR sobre comercio electrónico a través de Internet, incorporada al ordenamiento jurídico nacional mediante la Resolución N° 104/2005 de la Secretaría de Coordinación Técnica, establece una serie de preceptos, entre los cuales se destacan: a) El deber de garantizar a los consumidores durante todo el proceso de la transacción comercial el derecho a la información clara, precisa, suficiente y de fácil acceso sobre el proveedor del producto o servicio; sobre el producto o servicio ofertado; y respecto a las transacciones electrónicas involucradas, estableciendo su aplicación a todo proveedor radicado o establecido en alguno de los Estados Parte del MERCOSUR. b) Esta información (la cual se detalla de manera pormenorizada en la Resolución) debe constar en el sitio de Internet del proveedor, en los dos idiomas oficiales del Mercosur cuando el proveedor realice transacciones con consumidores de alguno de los Estados Parte cuyo idioma sea distinto al

289 BAROCELLI, S. S., “Relaciones de Consumo Fuera de los Establecimientos y a Distancia”. En Rojo, M. L. (coordinadora), *Temas actuales de protección al consumidor*, Ediciones Universidad del Salvador, Bs. As., 2015, ISBN 978-950-592-185-0, p. 5 a 37.

del país de radicación del proveedor. c) También establece que el proveedor deberá indicar al consumidor, en su sitio en internet: un modo de consulta electrónico de la legislación de defensa al consumidor aplicable al proveedor; la dirección electrónica del organismo nacional de aplicación de la misma, y referencia a los códigos de conducta a los que estuviera adherido. d) El proveedor deberá otorgar la posibilidad de corrección de datos (de pago, de envío si se trata de un producto físico, etcétera) antes de confirmar la operación. La normativa también exige que esta confirmación (manifestación de voluntad) se haga en dos oportunidades, a efectos de que el silencio del consumidor no sea considerado como consentimiento.

Otros remedios ante la marcada asimetría presente en estos tipos de contrataciones, son aquellos que buscan dar respuesta a una serie de prácticas abusivas desplegadas por los proveedores en Internet. Estos remedios se encuentran diseminados por el ordenamiento.

Un ejemplo de estas prácticas es la utilización de *metatags*, es decir, búsquedas (a través de buscadores-intermediarios) que lleven a sitios que no guardan estrecha relación con lo buscado y pueden llevar a equívocos al consumidor, constituyendo un supuesto de publicidad engañosa en los términos del art. 1101 a) del CCyCN, y pasible de la acción de cesación del art. 1102. Al mismo tiempo, esto podría ser considerado un uso indebido y no autorizado del nombre o marca. También procederán ante este tipo de situaciones solicitudes de remoción de contenidos a los buscadores-intermediarios, conforme lo resuelto por nuestra Corte Suprema en el caso *Rodríguez María Belén*²⁹⁰, que si bien suele relacionarse a afectaciones al derecho a la intimidad en el ámbito de Internet, nada obsta la aplicación de estos criterios a cualquier contenido que lesione derechos de terceros. En este caso, la CSJN concluyó, en lo que interesa al tema, lo siguiente:

- Se reconoce la inexistencia de obligación de monitorear contenidos, y de allí se deriva la falta de responsabilidad por la omisión de monitorear.
- Se establece la responsabilidad subjetiva, que tendrá lugar solo a partir del conocimiento efectivo por parte del buscador del contenido ilícito.
- Una vez notificado y con conocimiento, se reconoce la obligación de dar de baja contenidos mediante un sistema de notice & take down que la Corte describe en detalle en el considerando 18 del fallo citado.

290 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28/10/2014, "*Rodríguez, María Belén c/ Google INC. s/ Daños y perjuicios*".

- La Corte diferencia el contenido cuya infracción es detectable a simple vista, del contenido que requiere mayor debate y prueba para determinar si hay infracción; y por ende, si corresponde la baja.

Los casos a los que hicimos referencia con respecto a las *metatags* no llegan a constituir lo que la Corte definió como contenidos que implican daño manifiesto y grosero, como pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, entre otros que no requieren autorización judicial para ser dados de baja, sino en la categoría de “debatibles”, y su remoción requiere orden judicial, y los intermediarios solo resultan responsables por la no remoción del contenido notificada dicha resolución.

X. LA LEY MODELO UNCITRAL SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO Y LA RECIENTE AMPLIACIÓN DE LAS DIRECTRICES DE NACIONES UNIDAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Con respecto a aquellas contrataciones relacionadas al comercio electrónico, especialmente en el plano interjurisdiccional, entendemos que es útil tener en cuenta la Ley Modelo UNCITRAL sobre Comercio Electrónico y la reciente ampliación de las Directrices de Naciones Unidas de Protección al Consumidor.

Con respecto a la primer norma, téngase presente que una ley modelo pretende ser un mero esquema legislativo a seguir, busca unificar criterios para que estos sean adoptados por diversas legislaciones de otros países. A nuestro entender estas pueden ser claros antecedentes de códigos de mucha mayor elaboración. Lo que es necesario destacar es que mas allá de ser un ejemplo de tipificación lo que buscan por sobre todas las cosas las leyes modelo es la armonía legislativa, la unificación de criterios, contribuir a mejorar la vida de los sujetos de derecho afectados por esta, y finalmente, la renovación del derecho de los países que sigan tales normas para reducir los posibles conflictos de derecho que puedan surgir.

Asimismo, al contemplar esta fuente, entendemos que la Ley Modelo UNCITRAL sobre Comercio Electrónico es un claro antecedente para la formación de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación en tanto pueden apreciarse varias similitudes en los artículos dedicados al Derecho Internacional Privado.

Por otro lado, con fecha del 22 de diciembre de 2015, la Asamblea General de las Naciones Unidas resolvió a favor de adoptar una actualización de las Directrices de Protección al Consumidor. Esta actualización, entre otras cosas y en lo que hace al tema que estamos tratando, contiene nuevas recomendaciones sobre comercio electrónico, paridad de trato entre los consumidores en línea y fuera de línea, y protección de la privacidad de los consumidores.

Específicamente, en cuanto a la protección de la privacidad de consumidores y usuarios, las Directrices proponen que las empresas deben bregar por la protección de la información personal, adoptando mecanismos adecuados de control y seguridad, y deben evitar la divulgación de esta información que se realice sin consentimiento el consumidor o usuario.

Con respecto al comercio electrónico, las Directrices señalan los siguientes puntos en los que los Estados deben trabajar: prácticas empresariales, comerciales y de mercadotecnia justas; información clara sobre la identidad en línea de las empresas, los bienes y servicios que ofrecen y los términos y condiciones de cualquier transacción; un proceso transparente para la confirmación de las transacciones; mecanismos seguros de pago; resolución de conflictos y compensación justos, oportunos y asequibles; y educación a consumidores y empresas.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- BAROCELLI, S. S., “Relaciones de Consumo Fuera de los Establecimientos y a Distancia”. En Rojo, M. L. (coordinadora), “Temas actuales de protección al consumidor”, Ediciones Universidad del Salvador, Bs. As., 2015, ISBN 978-950-592-185-0.

- BELTRAMO, A. N., “El derecho de arrepentimiento del consumidor frente a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales en el Nuevo Código Civil y Comercial”, Revista Jurídica de Daños, año 2014, IJ-LXXIV-441.
- BELTRAMO, A. N., BONED, M., ESCUDERO, T., ESTEVARENA, E., “Análisis funcional de los elementos esenciales de los contratos”, Revista Pensar en Derecho Nro. 7, 2015.
- CALDERÓN, M. R. - MÁRQUEZ, J.F., “El arrepentimiento en el derecho del consumo”, La Ley, 2009.
- CONSUMERS INTERNATIONAL, “Nuevas Directrices ONU: un hito para la protección de los consumidores”, 23 de diciembre de 2015, en: <http://es.consumersinternational.org/news-and-media/news/2015/12/updated-ungcp/> [Accedido el 15/07/2016].
- DE LORENZO, M. F., “Contrato de consumo y derecho al arrepentimiento”, La Ley, 2009.
- ESBORRAZ, D. - HERNÁNDEZ, C., “La protección del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales”, J.A., 1997.
- FELSDTEIN DE CÁRDENAS, S., “Contrato Cibernético Internacional: Una realidad o un enigma?”, Libro Homenaje al Doctor Roberto López Cabana. Obligaciones y Contratos, Abeledo Perrot, 2001.
- GRISI, G., “Lo ius poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato”, Riv. Critica di Diritto Privato, 2001.
- LORENZETTI, R. L., “Presentación del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Sitio de consulta y debate sobre el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, mayo de 2012, en: <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Presentacion-de-Dr-Ricardo-Lorenzetti.pdf> [Accedido el 08/11/2014].
- LOVECE, G., “Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores, Ventas domiciliarias y por correspondencia”, La Ley, 2011.
- RUSCONI, D. D., “Revisión de las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor: UNCTAD aprueba borrador”, Blog de Dante D. Rusconi sobre Derecho del Consumidor, 3 de agosto de 2015, en <http://danterusconi.blogspot.com.ar/2015/08/revision-de-las-directrices-de-naciones.html> [Accedido el 15/07/2016]:

LOS CONTRATOS DE CONSUMO Y LA INCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD EN LA NORMATIVA PROTECTORIA DE CONSUMIDOR.-

POR RICARDO ADRIÁN PARRA ⁽¹⁾²⁹¹

I. INTRODUCCIÓN

Luego de la entrada en vigencia de la ley 26.994/14, el nuevo Código Civil y Comercial de La Nación, reguló en el Título III, capítulo 1, las relaciones de consumo, sin derogar el microsistema de consumidor, conformado entre otras, por las leyes 24.240/93, 26.361/08²⁹² y el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Recordando la citada normativa y específicamente en las disposiciones de la ley 24.240, cuyo artículo 1º tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios, en tanto personas físicas o jurídicas, contratando a título oneroso, para consumo propio o de su grupo familiar o social. El artículo 2º, en su segundo párrafo,.....excluye específicamente de la ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su

²⁹¹THEI (C.R.A.). Abogado (U.B.A.). Doctor en Derecho Privado por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (U.C.E.S.). Docente de Grado de la Universidad de Buenos Aires (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales) Jefe de Trabajos Prácticos de Contratos Civiles y Comerciales; Cátedra Prof. Dr. Luis F. P. Leiva Fernández. Docente de grado de la Universidad de Buenos Aires Cíelo Básico Común (C.B.C.), Principios Generales del Derecho Latinoamericano de la Universidad de Buenos Aires. Cátedra Prof. Miguel Federico De Lorenzo. Docente de Grado de la Universidad Nacional de La Matanza. Profesor Adjunto a cargo de Deontología. Carrera de Licenciatura en Kinesiología y Fisiatría. Docente de Grado en la Universidad de Buenos Aires, Docente Libre a cargo con la Prof. Dra. Mariana G. Vensaus de la materia Kinesiología Ocupacional y Laboral en la Carrera de Licenciatura en Kinesiología y Fisiatría. Docente de Doctorado y Maestría en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (U.C.E.S.). Tutor de Tesis Doctorales. Docente de Posgrado de la Sociedad Latinoamericana de Auditoría de Servicios de Salud. Miembro permanente del equipo de Investigación del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja de la Facultad d de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

²⁹² Ley 24.240 – Recuperado de: <http://www.infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/norma.htm> / Ley 26361 - [infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/135000.../norma.htm](http://www.infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/135000.../norma.htm). Fecha de Captura: 20/12/2015.

ejercicio título universitario y matrícula otorgada por una colegiatura profesional reconocida oficialmente o autoridad facultada para ello...y el artículo 8º, regulando los efectos de la publicidad dispone que las precisiones formuladas en la publicidad en anuncios prospectos, circulares, etc., obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor.

Aquí nos encontramos con que los profesionales liberales, solamente ingresan en la ley de consumidor por su oferta, en condiciones en las que la misma ley prescribe, es decir que, dicha oferta deberá ser engañosa, o contemplar la aseveración de un resultado de la práctica profesional, toda vez que la misma, es integrativa del contrato y por consecuencia, lleva al consumidor a contratar. Es decir que, ante la presentación de denuncias que no se vincularan con la publicidad de los servicios presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de ésta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación. La exclusión aludida aparece en términos taxativos y absolutos, por lo que vale la pena detenerse a investigar el alcance de las normas citadas, atento a la amplitud con que el art. 42 C. N., y la propia L.D.C., anuncian su carácter tuitivo, respecto de consumidores y usuarios (Condomí, 2014).²⁹³

La reforma sancionada en el año 2008, por ley 26.361, reformuló algunas disposiciones, extendiendo el objeto a los bienes gratuitos y dio paso al consumidor expuesto o el llamado por el derecho comparado *by stander*. Su artículo 2º, en su segundo párrafo, mantiene la exclusión de los profesionales liberales....quienes solo quedan cooptados por la ley en función de su publicidad, maliciosa, engañosa o asegurando resultados sobre sus prácticas que lleven al consumidor o usuario exclusivamente a contratar, sin embargo las personas expuestas, encuentran hoy su cobertura a la luz del art. 1096 CCyC.

Así es que los profesionales del arte de curar, de quienes nos ocuparemos en éste artículo, en cualquiera de sus especialidades, médicos y paramédicos componentes del equipo de salud, se mantuvieron al margen de la responsabilidad concebida por las normas consumeriles.

La relación médico / paciente ha evolucionado. Esta se basaba en una necesidad de la persona enferma, que depositaba su confianza en otra que poseía los conocimientos de la

²⁹³ CONDOMÍ, A..M. (2014).”*Primeros pasos en el derecho del consumo (El usuario de servicios de profesionales liberales). Sexta parte*”. Recuperado de: <http://www.infojus.gov.ar>.

medicina. El contexto social en el que se desarrolló dio lugar a la sanción de normas que regulaban esa relación (Fontanes, 2005). Esas normas regulaban pautas morales y jurídicas y en su evolución llegó a ser un derecho, el de la salud valorada como un bien social y jurídico que trascendió el marco del derecho privado, para formar parte también del derecho público.²⁹⁴

En palabras de Fontanes, en los últimos años la atención médica se ha tornado extremadamente compleja, imponiendo cambios económicos importantes en la atención de la salud. El conocimiento científico avanzó hacia la utilización de técnicas de diagnóstico y tratamiento de alta complejidad y al aumentar la calidad de los servicios, correlativamente aumentaron los costos. (Fontanes, 2005).

Surgen así las empresas dedicadas al negocio de la salud, y al frente de las mismas se ubica el médico en calidad de empresario, quien se dirige al mercado mediante la propaganda, con propuestas de planes de cuotas, etcétera. Se conforma así la idea de la medicina que se inserta en el mercado de la salud, perteneciente al llamado “mercado de bienes de consumo”, configurando la práctica un servicio más. En este contexto, la atención médica es considerada como la prestación de un servicio, en la cual el paciente pasa a tomar la categoría de consumidor o usuario. Con lo cual se pasó de una relación médico / paciente apoyada en pilares como la necesidad, la confianza, la admiración y el respeto a la dignidad humana, a otra relación que se da en el marco de lo político, social y económico, en la cual confluyen el derecho, la medicina y la economía (Fontanes, 2005).²⁹⁵

Como explica Barocelli, el derecho del consumidor se erige como un sistema de normas principiológicas, de fuente constitucional, con carácter esencialmente protectorio de la parte débil y vulnerable; esto es, de aquellas que adquieren o utilizan bienes o servicios para satisfacer necesidades domésticas y quienes proveen bienes y servicios en el mercado se dan en un marco de desigualdad estructural, caracterizada por la debilidad y vulnerabilidad de los consumidores y usuarios (Barocelli, 2015).²⁹⁶

²⁹⁴ FONTANES, M.J. (2005). *Aplicación de la ley de Defensa del Consumidor en la atención médica*. Resumen: S-033. Comunicaciones Científicas y Tecnológicas 2005. Universidad Nacional del Nordeste.

²⁹⁵ FONTANES, M.J. (2005). *Aplicación de la ley de Defensa del Consumidor en la atención médica*. Resumen: S-033. Comunicaciones Científicas y Tecnológicas 2005. Universidad Nacional del Nordeste.

²⁹⁶ BAROCELLI, S.S. (2015). “*Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial*”. AR/DOC/412/2015.

No obstante las claras y sencillas notas de la introducción, hoy los profesionales liberales, y en nuestro tema, los agentes de salud, están excluidos de la normativa de consumidor, a pesar que los vulnerables desprotegidos de los que explica Barocelli, en nuestro caso sean claramente los pacientes.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto (Condomí, 2014), queda claro que el usuario sí entiende que en su caso, la exclusión de los servicios profesionales, para nosotros profesionales de la salud del régimen de consumidor, vía art. 2º L.D.C., cit., perjudica su situación jurídica en comparación con la de prestatarios de otros servicios – incluidos en la normativa de consumidor – y podrá invocar el principio de igualdad del art. 16 de la C.N. Esta circunstancia, de ser observada por el juez o tribunal interviniente puede ser explicitada de oficio, atento el carácter de orden público de la normativa de consumo, resolviendo en consecuencia.

II. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El nuevo Código Civil (Barocelli, 2015), ha reconstruido la noción unitaria de contrato para regular diversos supuestos: contratos paritarios, contratos de adhesión a cláusulas predispuestas y contratos de consumo. En general ha pasado de conceptos uniformizantes – el contrato, la familia, la persona, a el niño, el adolescente, el paciente, el consumidor, entre otros.

Este nuevo Código Civil y Comercial de La Nación, tal y como lo anticipáramos precedentemente, regula las relaciones y los contratos de consumo entre los artículos 1092 a 1122. En el art. 1092,²⁹⁷ prescribe a la relación de consumo como el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor y destaca al consumidor como aquella persona humana o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma onerosa o gratuita para.....el art. 1093, en tanto dispone al contrato de consumo como al celebrado entre un

²⁹⁷ Art. 1092 CCyC: "Relación de Consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social". Ley 26.994/14. "Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.", Buenos Aires, Ediciones del País, 2014.

consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios..... He aquí nuestra primera observación: Es sabido que dentro del derecho a la salud, reconocido por normas de raigambre constitucional (ya sea por nuestra Carta Magna o Tratados Internacionales con rango de normas supra legales por imperio del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), luego de la reforma del año 1994, se encuentran reguladas prácticas sanitarias que van más allá de la mera atención profesional y de la puesta en el mercado del servicio profesional a cambio de una contraprestación dineraria, saliendo ya del claro contexto del contrato de locación de servicios. Para ello, basta con que planteemos un claro ejemplo de las posibilidades que tienen los profesionales del arte de curar dentro del ámbito profesional.

Los avances tecnológicos, la complejidad del entramado social, las nuevas dinámicas sociales, los cambios de conductas habituales en los ciudadanos, llevan a la población a un desarrollo psicosocial diferente del que se observaba hace algunas décadas. Es así que la unión entre la Industria y la medicina, o la de los profesionales de la salud como industriales o empresarios ha hecho extender la labor de los mismos, más allá de las fronteras de su propia disciplina profesional.

Esa disciplina²⁹⁸ (Elirchy, 1987) que los llevó a no compartir su saber profesional, a tener un lenguaje propio, a ser un compartimiento estanco, hoy cruza las fronteras, actuando en cuerpos interdisciplinarios que traspasan el ámbito puramente académico o profesional y lo encontramos a diario en distintos programas de televisión o radio aconsejando sobre determinada terapéutica o práctica para una patología específica, integrando paneles televisivos o siendo la cara de alguna publicidad de medicamentos o tratamientos paliativos, preventivos o aplicables a una determinada enfermedad del cuerpo o de la mente. De éste punto específicamente nos ocuparemos en un párrafo aparte.

Lo claramente visible es que la unión de los profesionales de la salud y el empresariado ha desarrollado nuevas formas de contacto a los fines de tener un mayor desarrollo de la industria.

²⁹⁸ ELIRCHY, N. (1987) *La importancia de la articulación interdisciplinaria para el desarrollo de metodologías transdisciplinarias*. Buenos Aires: Nueva Visión.

III. LA INDUSTRIA COMO ACTIVIDAD DESTINADA A PRODUCIR BIENES DE CONSUMO. DIFERENTES NIVELES DE UN SISTEMA COMPLEJO DE SALUD.

La Industria, como actividad destinada a producir bienes de consumo y la medicina tienen en común el cuidado de “La Salud”. Asimismo, tiene la Finalidad no altruista de (entrega de bienes / intereses en beneficio de otro). No obstante ello, algunos Sistemas de Salud, bien financiados posibilitan que el personal de sanidad ocupe puestos en diferentes niveles, sin ostentar la posición de industriales. Estos niveles según Sánchez Torres (Sánchez Torres, 2000) se clasifican en cuatro estadios: 1) Macronivel (Nivel más Alto); 2) Mesonivel (nivel Intermedio); 3) Micronivel I; 4) Micronivel II. Desde ya adelantamos, que no compartimos la posición que adhiere a que los profesionales del equipo de salud, fuera de su labor habitual no ostentan la calidad de empresarios.

1) Macronivel: El médico cumple tareas de planificación y determina Políticas Sanitarias. El ámbito de trabajo es el Ministerio de Salud o Secretaría de Salud Pública. Es el responsable de la Reglamentación, Suministro y Macro distribución de los recursos sanitarios.

2) Mesonivel: Personal Sanitario en calidad de Gerente o vendedor de Servicios de Salud. Intermediario de los Servicios de Salud Pública o Privada. Su ámbito – Sala de Juntas u Oficina.

3) Micronivel I: El médico actúa en calidad de Administrador del Servicios de Salud. Intermediario entre el Vendedor y el Distribuidor de los Servicios de Salud. Su ámbito está delimitado por el Hospital o La Clínica y su cargo el de Director.

4) Micronivel II: El Profesional actúa como dador directo del Servicio de Salud. Su ámbito – Instituciones de Salud: (Médico; Enfermera; Kinesiólogo; Bioquímico, etc.).²⁹⁹

²⁹⁹ SÁNCHEZ TORRES, F. (2000). *Catecismo de la Ética Médica. La Relación Médico Sociedad*. España: Herder, ps. 107-113.

Como sostiene Barocelli, el derecho del consumidor es la respuesta del campo jurídico a las transformaciones sociales, políticas, económicas, culturales y tecnológicas (Barocelli, 2015),³⁰⁰ y el ámbito de la salud no escapa a ellas, ya que el avance de la tecnología aplicada a la medicina abarca cambios psicosociales, comprendiendo entre otros los sociales, los tecnológicos y los culturales.

Es así que, en base a la industrialización de la salud, y a las posibilidades de que los profesionales salgan de su exclusivo ámbito de atención asistencial y ocupen cargos gerenciales, ministeriales, secretarías de salud o sean proveedores de aparatología de tecno medicina, quedan incorporados a nuestro criterio, dentro de la relación de consumo y por ende los alcanza la normativa protectoria del consumidor.

Citando algunos ejemplos, podemos plantear el caso de un médico dermatólogo, que dirige un centro de estética con métodos no quirúrgicos, que aplica diversos tratamientos a sus pacientes, utiliza agentes físicos a efectos de reforzar sus tratamientos y en pos de encontrar resultados satisfactorios, vende en su mismo centro médico los tratamientos de belleza, sus cremas y tecnología manual para que la terapia sea continuada en domicilio por sus pacientes. Esta situación, lo corre al profesional de la salud citado, del lugar de simple prestador de servicios médicos, ya que su actividad complementaria (venta de cremas, maquinaria, etc.), lo encuadra dentro del contrato de consumo puesto que su práctica encierra o encubre el manejo cotidiano de una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, extendiendo el profesional de la salud, su esquema clásico de atención profesional, dentro de la relación médico – paciente.

Claramente, la actividad desplegada por dicho profesional no se encuentra alcanzada por la legislación positiva vigente. Sin embargo, en nuestra opinión, sí la alcanza, tal como lo enuncia el art. 1093 del CCyC.³⁰¹

Así también los kinesiólogos, cuyos tratamientos de masoterapia, entre los que se incluye el drenaje linfático y la aplicación de cremas relajatorias, el manejo de agentes físicos en ejercicio de la fisioterapia con aplicación de aparatos como el magneto, las poleas, los

³⁰⁰ BAROCELLI, S. S. (2015). Ob. Cit.

³⁰¹ Art. 1093 CCyC: “Contrato de Consumo es el celebrado entre el consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”. Ley 26.994/14. “*Nuevo Código Civil y Comercial de la nación Argentina.*”, Buenos Aires, Ediciones del País, 2014

electrodos, etc., venden dichos productos, calibran, reparan y salen de ésta simple manera de la esfera estrictamente del profesional liberal.

Los Cirujanos plásticos o dedicados a tratamientos de reparación estética no invasiva tales como (correcciones de arrugas, rellenos faciales, aumento de volumen de labios, depresiones cutáneas, etc.), con ácido hialurónico, publicitadas en soporte papel en diarios y revistas de gran circulación, en soporte electrónico, a través de páginas Web y medios radiales y televisivos, promocionando los productos que ellos mismos comercializan en sus centros de salud.³⁰²

Los médicos o Licenciados en nutrición, recomendando dietas y publicitando sus productos – bandejas de comida – formando parte del tratamiento aconsejado a sus pacientes.

No debemos dejar de lado, los casos extremos de médicos que adscriptos a la medicina homeopática y no alopática, recomiendan gotas, sobres de polvos liofilizados, pociones mágicas supresoras del apetito que ellos mismos preparan u ordenan preparar en herboristerías o farmacias, asegurando resultados de tratamientos de disminución de peso.

A ojos vista surge que podríamos mencionar innumerables ejemplos de profesionales del arte de curar que salen de la media normal del marco profesional para convertirse en verdaderos productores de bienes o prestadores de servicios médicos, que van más allá de su labor estrictamente médica. Exceptuando de los ejemplos que detallaremos a continuación del profesional farmacéutico, ya que éste reviste claramente la calidad de proveedor, encontrándose en medio de la cadena de comercialización, conforme los términos de la ley 24.240.

Da cuenta de ello, lo citado en éste artículo respecto a las distintas posiciones que puede tomar un profesional liberal de la salud, como intermediario, productor, vendedor o dirigente en la industria sanitaria, ocupando el macronivel, el mesonivel o el micronivel 1, de los cuales ya hemos hecho referencia.

A ésta altura, y habiéndose convertido el profesional de la salud en un proveedor, conforme las normas de consumidor, debe respetar y cumplir además con un trato digno,

³⁰² www.hedonai.com > ... > Medicina Estética > Rejuvenecimiento. Fecha de captura 10/01/2016.

equitativo y no discriminatorio, de acuerdo a lo prescripto por los arts. 1096 a 1099³⁰³ del reciente reformado Código Civil y Comercial de La Nación, y al art. 8 bis,³⁰⁴ incorporado por la reforma de la ley 26.361 a la ley 24.240.

IV. LA PUBLICIDAD. EL DEBER DE INFORMACIÓN DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD Y LAS NORMAS DE CONSUMIDOR.

En cuanto a la publicidad, a más de las normas citadas, encontramos hoy la regulación en la sección 2ª de la ley 26.994/14, bajo el título de “Información y publicidad dirigida a los consumidores”. Es decir que ya, bajo la figura de proveedor se encuentra obligado a suministrar la debida información al consumidor en forma cierta y detallada, y confirmando aún más la integración del contrato los arts. 1101 y 1103³⁰⁵, que refrendan las disposiciones del art. 8 de la ley 24.240 y el art. 2 de la ley 26.361.

³⁰³ Art. 1097 CCyC: “Trato digno. Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias”. Art. 1098 CCyC: “Trato equitativo y no discriminatorio. Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores”. Ley 26.994/14. “*Nuevo Código Civil y Comercial de la nación Argentina.*, Buenos Aires, Ediciones del País, 2014.

³⁰⁴ Art. 8 bis: Trato digno. Prácticas abusivas. (Art. Incorporado por Ley 26.361) “Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes o servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor.” *Defensa del Consumidor. Ley 24.240, actualizada ley 26.994, decretos y resoluciones complementarias*” Buenos Aires, Ediciones del País, ed. 28, 2015, Pág.6.

³⁰⁵ Art. 1101 CCyC: Publicidad.”Está prohibida toda publicidad que:a) contenga informaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o su seguridad”. Art.1103 CCyC: Efectos de la Publicidad.”Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente”. Ley 26.994/14. “*Nuevo Código Civil y Comercial de la nación Argentina.*, Buenos Aires, Ediciones del País, 2014

En el acápite anterior, nos hemos referido con algunos ejemplos a los profesionales del arte de curar que, con la publicidad por distintos medios de comunicación, dan a conocer sus terapias o sus productos, sobrepasando la esfera de atención profesional común.

Somos consecuentes con nuestra mirada, en tanto ésta práctica, coloca a los profesionales de la salud en otro escalafón jurídico, es decir incluyéndolos dentro de la normativa consumeril.

Si no coinciden la persona del publicista con el fabricante del producto, es cuanto menos responsable quien realiza la publicidad, toda vez que incita e invita a contratar, a comprar el producto publicitado al consumidor y va de suyo que el contratante se encuentra en todo momento en una situación de minusvalía, ya que ignora el proceso de fabricación, producción, publicidad, puesta en el mercado y venta de un producto, así como la organización de un servicio, desconociendo además los costos y las variables de la prestación y comercialización de dichos productos.

La finalidad de la publicidad, explica Fontanes (Fontanes, 2005) no es informar, sino vender; está destinada a estimular, a convencer al consumidor de la necesidad de adquirir un bien o servicio. Utiliza como estrategia el mensaje subliminal para ejercer cierto grado de control sobre el poder de decisión del consumidor masivo, pudiendo inducirlo a una conducta compulsiva, poco racional. El receptor es sometido a una manipulación ejercida a través de los medios de comunicación masivos, como lo están en el área médica algunos spot publicitarios de las empresas de medicinas prepagas sobre prácticas exclusivas de una determinada especialidad.

Sin embargo la ética entiende que la publicidad debe ajustarse a principios básicos como: la libertad, la identificación del producto, la veracidad, la lealtad en la competencia a los que no siempre obedece, ya que de acuerdo a la opinión de Wess, la publicidad enseña a los ciudadanos a necesitar cosas³⁰⁶.

³⁰⁶ WESS (s.f). *Inédito*. Diplomatura en Derechos del Consumidor (2016). Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales.

V. DOS MIRADAS DIFERENTES. LOS ALCANCES DE LA PUBLICIDAD EN LA LEY DE MEDIOS AUDIOVISUALES Y LA PUBLICIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

La ley de Comunicación Audiovisual 26.522/09, con alcance nacional dispuesto en su artículo primero, establece normas claras reguladoras de la actividad de los medios de comunicación audiovisual, pública y privada, con o sin fines de lucro.

Su objeto, prescripto en el artículo 3º, establece que:.....³⁰⁷ a través de los servicios de comunicación audiovisual se promocióne y garantice el libre ejercicio de toda persona a difundir informaciones, opiniones o ideas sin censura y en el marco del respeto de un Estado democrático, conforme entre otros, al Pacto de San José de Costa Rica; la defensa de la persona humana y el respeto de los derechos personalísimos. El acceso al conocimiento y a las nuevas tecnologías, la sociabilización a través de los medios masivos de comunicación del desarrollo psicosocial, etc.

En el capítulo II, artículo 4º de la citada norma, define entre otros a la publicidad común por medios audiovisuales y los llamados P.N.T (publicidad no tradicional).

La publicidad es entendida como toda forma de mensaje que se emite en un servicio de comunicación audiovisual a cambio de una remuneración o contraprestación similar o con fines de autopromoción de una empresa pública o privada o de una persona física, en

³⁰⁷ Art. 3º Ley de Medios: Objetivos. Se establecen para los servicios de comunicación audiovisual y los contenidos de sus emisiones, los siguientes objetivos: a) La promoción y garantía del libre ejercicio del derecho de toda persona a investigar, buscar, recibir y difundir informaciones, opiniones e ideas, sin censura, en el marco del respeto al Estado de Derecho democrático y los derechos humanos, conforme las obligaciones emergentes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados incorporados o que sean incorporados en el futuro a la Constitución Nacional; b) La promoción del federalismo y la Integración Regional Latinoamericana; c) La difusión de las garantías y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional; d) La defensa de la persona humana y el respeto a los derechos personalísimos; La construcción de una sociedad de la información y el conocimiento, que priorice la alfabetización mediática y la eliminación de las brechas en el acceso al conocimiento y las nuevas tecnologías; f) La promoción de la expresión de la cultura popular y el desarrollo cultural, educativo y social de la población; g) El ejercicio del derecho de los habitantes al acceso a la información pública; h) La actuación de los medios de comunicación en base a principios éticos; i) La participación de los medios de comunicación como formadores de sujetos, de actores sociales y de diferentes modos de comprensión de la vida y del mundo, con pluralidad de puntos de vista y debate pleno de las ideas.....Ley 26.522/09. “*Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual*”. www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/155000.../norma.htm. Fecha de captura: 10/01/2016.

relación a una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el objeto de promocionar el suministro de bienes o la prestación de servicios.³⁰⁸

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, a diferencia de la Ley de Medios Audiovisuales, a nuestro entender más abarcativa de todas las personas que se involucren en una publicidad de productos, ofrecimiento de servicios o promoción de sus ideas, no alcanza a los profesionales liberales. De hecho mantiene las disposiciones normativas de las leyes 24.240 y 26.361, siendo alcanzados solamente por su publicidad engañosa o el compromiso de un resultado en sus tareas profesionales.

Sin embargo, al realizar una interpretación integradora de las conductas humanas alcanzadas por el derecho, debemos considerar el análisis de estas situaciones a la luz de toda la normativa imperante en la materia. Es decir que, como lo hemos expuesto precedentemente, el alcance de los profesionales de la salud, en materia de consumidor, comienza con la protección del derecho a la salud plasmado en el art. 42 de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de jerarquía constitucional adquirida por imperio del art. 75, inc. 22 de la Carta Magna, las leyes 24.240 y 26.361 con sus decretos reglamentarios, la ley 26.522 y su decreto reglamentario, el Código Civil y Comercial de La Nación, a partir de su título III de contratos de consumo (arts. 1092 a 1122) y las leyes 26.529 y 26.742 con su decreto reglamentario de Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado, entre otras, toda vez que entre las personas más vulnerables o débiles jurídicos en las prácticas sanitarias se encuentran los pacientes.

El análisis de las leyes de derechos de los pacientes, lo haremos en un párrafo aparte, aclarando de manera sobre abundante que para nosotros, los pacientes, por todas las relaciones descriptas con anterioridad son “consumidores” de bienes o servicios ofrecidos

³⁰⁸ Art. 4º Ley 26.522. *Publicidad*: “Toda forma de mensaje que se emite en un servicio de comunicación audiovisual a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción, por parte de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con una actividad comercial industrial, artesanal o profesional con objeto de promocionar, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes, inmuebles, derechos y obligaciones. *Publicidad no tradicional (PNT)*: Toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar”.... Ley 26.522/09. “*Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual*”. www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/155000.../norma.htm. Fecha de captura: 10/01/2016.

por los profesionales de la medicina que detentan en el siglo XXI una calidad diferente de su profesión, aggiornada a la actividad comercial, a más de la estrictamente delimitada por el campo profesional de la especialidad médica y/o paramédica y deontológica.

VI. LA LEY DE DERECHOS DEL PACIENTE, HISTORIA CLÍNICA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO.

La ley 26.529/09, con su consiguiente reforma 26.742/12 y su decreto reglamentario 1089/12, prescriben de modo sistemático y comprensible los derechos de los pacientes, los requisitos legales de las historias clínicas y el consentimiento informado para las prácticas sobre el cuerpo de las personas. Entre ellos y en virtud del tema que nos ocupa, mencionaremos el derecho a un trato digno y respetuoso, dispuesto en el art.2°³⁰⁹ para con el paciente / consumidor – a esta altura de nuestro trabajo - y a la información sanitaria

³⁰⁹ Art. 2: Ley 26.529 “Derechos del paciente. Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes: a) Asistencia. El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional. competente; b) Trato digno y respetuoso. El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes; c) Intimidad. Toda actividad médico – asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley N° 25.326; d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente; e) Autonomía de la Voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud; f) Información Sanitaria. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información. g) Interconsulta Médica. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud.

prescrita en el art. 3° de la ley 26.529, en tanto debe ser clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente.³¹⁰

Estos requisitos exigidos con respecto a la información por el legislador “clara, suficiente, veraz, comprensible, completa, fidedigna”, etc., se reiteran en todas y cada una de las normas protectorias de los derechos de los consumidores y usuarios referidas al deber de información, razón por la cual, en nuestra opinión, el legislador nos está invitando a fijar la mirada en determinadas normas comprensivas de dichos términos, reafirmando además en el (art.4° de la ley 24.240 y art.1100 de la ley 26.994).

Asimismo, aclaramos en un punto de nuestro trabajo que, el Micronivel II, dentro de un sistema complejo de salud, era en el cual los profesionales del arte de curar se desarrollaban como dadores de servicios, es decir, ejerciendo su profesión en el más claro y puro sentido de la palabra. Sin embargo, en éste nivel, en donde de una simple lectura parecía que quedaban excluidos nuevamente, los acercamos a la normativa consumeril a través del trato digno y respetuoso del profesional, para con el paciente.

Si nos ponemos a analizar las denuncias de los pacientes a la luz de este exclusivo tema en los colegios profesionales, nos daremos cuenta que los casos de trato indigno o irrespetuoso en la práctica profesional cotidiana, son mayores a la que cualquiera de nosotros pueda suponer. Los ejemplos sobran y los comentarios sobre ellos huelgan, ya que no se trata de respetar al paciente / consumidor por no gritarle o tener frases o dichos desafortunados en la consulta profesional, sino que el trato digno por ley, encuadra un sistema protectorio más amplio de los derechos de los pacientes, en tanto el respeto a los principios y convicciones morales, personales, socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, de acuerdo a lo que reza el inciso b) del art. 2° de la ley 26.529/09.

En este punto, cabe resaltar la cantidad de casos de trato indigno / discriminación de pacientes que llegan a la consulta médica y no son atendidos por los profesionales en virtud de sus propias condiciones morales subjetivas – ética subjetiva del profesional – cuando se es requerido por una persona con una identidad de género diferente al que tuvo de forma congénita, siendo que la ley 26.743/12, zanjó el tema claramente.

³¹⁰ Art. 3°. Ley 26.529: “A los efectos de la presente ley, entiéndase por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos”.

El profesional que no explica claramente el diagnóstico, el tratamiento y/o el pronóstico del paciente alegando que el mismo no llega a comprender sus términos por falta de alfabetización o por alguna deprivación cultural o material que éste haya tenido a lo largo de su vida.

Aquél que por cuestiones de raza, credo o color, se niega a atender al paciente y envía a otro profesional en su lugar, o bien preso de un prejuicio personal los atiende con un claro destrato.

Todas y cada una de éstas situaciones y las que pudiéramos plantear a lo largo de nuestro trabajo, nos harían enfocar el tema en cada caso en particular y sería inagotable la lista de ejemplos que podríamos plasmar.

De todas formas, queda claro que ninguno de estos casos se corresponde con la objeción de conciencia que el profesional podría utilizar a la hora de una atención profesional, ya que ninguno de estos ejemplos se ajusta a circunstancias morales y/o religiosas, de las cuales el objetor de conciencia tiene su respaldo dentro de los Códigos de Ética profesional, los que establecen los parámetros de la Deontología y Diceología de los profesionales.

En consecuencia, estos casos encierran un claro acto discriminatorio para con los pacientes, los que denunciados concretamente harían quedar atrapado al profesional en la violación de los incisos a) y b) de la norma citada.

A su vez el decreto reglamentario de la ley de derechos del paciente amplía la disposición legal del trato digno y respetuoso, extendiéndolo a todos los niveles de atención, comprendiendo el que debe dispensarse a los pacientes y su familia, sus acompañantes sin discriminación alguna a los prestadores de Instituciones de salud o efectores de salud y sus empleados, y los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud, alcanzados por la ley 23.661 y su reglamentación. Ello, teniendo en cuenta la condición de la persona humana del paciente, quien necesita de los servicios de salud, así como de la ciencia y competencia profesional que los caracteriza. (Argentina, M.S. Decreto 1089/2012).³¹¹

Es decir que, la misma ley obliga a los profesionales del equipo de salud a que previamente a dispensar a los pacientes un trato digno y respetuoso y a la completitud de la información

³¹¹ Argentina (2012). M. S. Decreto 1089. Recuperado de <http://www.infoleg.gov.ar>.

sanitaria, surgidos de los arts. 2º y 3º respectivamente de la ley 26.529, a la asistencia de los mismos, ya que considera que el derecho de los pacientes a ser asistidos involucra el deber de los profesionales de la salud de cumplir con lo previsto por el art. 19 de la ley 17.132, cuando la gravedad del estado del paciente así lo imponga. En ningún caso, reza la norma, el profesional de la salud podrá involucrar para negar su asistencia profesional, reglamentos administrativos institucionales, órdenes superiores, o cualquier otra cuestión que desvirtúe la función social que lo caracteriza.

Retomando un término anterior: “función social”, es la que deriva de las profesiones de la salud, altruismo, deber de asistencia, trato digno y respetuoso, no discriminación, etc., en consonancia con los deberes del arte y la profesión.

Por ello, a esta altura estamos en condiciones de decir que, los pacientes deben ser considerados consumidores, por encontrarse dentro de la masa de personas vulnerables, desprotegidas, dentro de la relación médico / paciente, encuadrada dentro de nuestro análisis en el Micronivel II de la atención dentro de un sistema de salud.

VII. LA LEY DE DEFENSA A LA COMPETENCIA – LA POSICIÓN DOMINANTE EN LA OFERTA DE LOS PRODUCTOS MÉDICOS.

La Ley 25.156/99 con su decreto reglamentario 1019/99 y las modificaciones introducidas por Ley 26.993/14 con su decreto reglamentario 1624/14 que crean el Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo (COPREC), tratan el tema de la defensa de la competencia.

La citada ley en su art. 1º prohíbe y sanciona los actos o conductas que sean manifestados en cualquiera de sus formas y que tengan relación con la producción e intercambio de bienes y servicios y cuyo objeto sea restringir, limitar, falsear o distorsionar en un mercado la competencia o el acceso a él.....³¹² El art. 2º regula acerca de las

³¹² Art. 1º Ley 25.156: “Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto similar limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de

prácticas restrictivas de la competencia y a través de sus incisos a), c), i), j) y m) específicamente, marcan la tendencia a la competencia desleal de los productores o prestadores de bienes o servicios, limitando la actividad del mercado y dejando cautivos a los pacientes, a no poder elegir el producto en otro comercio que no sea el indicado por el profesional actuante. Nótese que ésta práctica es más común de lo que se cree y se repite a diario, por ejemplo, en los consultorios de médicos homeópatas, quienes indican a sus pacientes que el resultado esperado al tratamiento aplicado o la solución a su problema de salud planteado en la consulta médica, la van a adquirir a través del medicamento específico preparado por una farmacia determinada, una herboristería o una marca comercial determinada, no pudiendo el paciente / consumidor – a ésta altura de nuestro artículo – elegir entre las diferentes opciones de calidad y precio del mercado, sin olvidarnos del resto de los comerciantes, quienes no podrán jamás competir con sus productos, por ser estos específicos y secretos.³¹³

modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. Queda comprendida en éste artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción declarada por acto administrativo o sentencia firme, de otras maneras”. *Defensa del Consumidor. Ley 24.240, actualizada ley 26.994, decretos y resoluciones complementarias*” Buenos Aires, Ediciones del País, ed. 28, 2015, Pág.54.

³¹³ Art. 2º Ley 25.156:” Las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis del art. 1º, constituyen prácticas restrictivas de la competencia: **a) Fijar, concretar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto;** b) Establecer obligaciones de producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, o prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios; **c) Repartir en forma horizontal zonas, mercados, clientes y fuentes de aprovisionamiento;** d) Concertar o coordinar posturas en las licitaciones o concursos; e) Concertar la limitación o control del desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción o comercialización de bienes y servicios; f) Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste; g) Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción; h) Regular mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien; **i) Subordinar la compra o venta de un bien, a la adquisición de otro o a la utilización de otro a la adquisición de un bien;** **j) Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;** k) Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales; l) Negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate; ll) Suspender la provisión de un servicios monopólico dominante en el mercado a un prestatario de servicios públicos o de interés público; **m) Enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños a la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios**”. *Defensa del Consumidor. Ley 24.240, actualizada ley 26.994, decretos y resoluciones complementarias*” Buenos Aires, Ediciones del País, ed. 28, 2015, Pág.54-55.

En nuestra opinión, estos profesionales ejercen una posición dominante en el mercado en la oferta de sus productos, llevando al paciente / consumidor a contratar con ese profesional, con la farmacia indicada y no otra, a comprar el medicamento – producto indicado por el profesional y haciéndolo cautivo de una práctica usual, pero desleal.

La deslealtad comercial, surge a las claras a su vez con sus competidores u otros profesionales, locales de venta de medicamentos o droguerías, herboristerías o farmacias especializadas en preparación de recetas magistrales, que no pueden competir en el mercado con sus productos de similares características o precios, ya que el profesional actuante no les da la posibilidad del desarrollo comercial en condiciones igualitarias de mercado.

La situación podría equilibrarse si se cumpliera con las disposiciones establecidas en la ley 25.649/02. Ley de prescripción de medicamentos por su nombre genérico, sancionada el 28/08/2002, más conocida como “Ley de Genéricos”.³¹⁴ Esta ley establece que toda receta y/o prescripción médica u odontológica debe efectuarse expresando el nombre genérico del medicamento, seguida de forma farmacéutica, cantidad de unidades por envase y concentración. Asimismo, el profesional farmacéutico deberá informar al público sobre todas las marcas comerciales que contengan el mismo principio activo, con la misma cantidad de unidades, forma farmacéutica y concentración, y los distintos precios de cada uno de esos productos. De ese modo, el consumidor puede elegir la marca y precio del medicamento recetado por el médico.

En su art. 1 la ley tiene por objeto la defensa del consumidor de medicamentos y drogas farmacéuticas y su utilización como medio de diagnóstico en tecnología biomédica y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana.

El art. 2, párrafo 3° designa al farmacéutico, debidamente autorizado por la autoridad competente, como el único responsable y capacitado para la debida dispensa de especialidades farmacéuticas, como así también para su sustitución. En éste último caso deberá suscribir la autorización de sustitución en la prescripción. Como lo hemos expresado precedentemente, el farmacéutico es un claro proveedor en los términos de la ley de defensa del consumidor.

³¹⁴ Ley 25649. Ley de Prescripción de Medicamentos por su nombre Genérico. Recuperado de:<http://www.protectora.org.ar/legislación>.

El art. 4 establece la obligatoriedad del uso del nombre genérico del medicamento, lo que pondría al consumidor en posibilidad de elegir por marca, precio y laboratorio, no teniéndolo cautivo en algunas ocasiones de las que hemos descrito en éste artículo.

El art. 6 dispone que en el expendio de medicamentos, los establecimientos autorizados deberán informar al público todas las especialidades medicinales que contengan el mismo principio activo o combinación de ellos que la prescrita en la receta médica. Importante es destacar que, en caso de incumplimiento serán de aplicación las sanciones previstas por la Ley 24.240, de defensa del consumidor.

A su vez el Decreto reglamentario 1855/2002³¹⁵ establece que la libertad de prescripción y de dispensa está garantizada por la elección del principio activo y no sobre especialidades de referencia o de marca. Corresponde observar además el último párrafo del art. 2, debido a que lo que se pretende, es compatibilizar la libertad de prescripción por parte de los profesionales de la salud con la libertad de elección de las personas. A nuestro entender, la libre elección disminuye notablemente la competencia desleal.

Entre otras situaciones destacables dispone que será obligatorio el uso del nombre genérico en toda publicidad o propaganda dirigida al público en general. Asimismo la autoridad sanitaria nacional deberá elaborar un vademécum en el que se ordenarán las especialidades medicinales genéricas o formas comerciales autorizadas en base a su contenido de principio activo, monodrogas o nombre genérico que hayan sido recomendadas por la Organización Mundial de la Salud.

Por último dispone que el Poder Ejecutivo Nacional promoverá en forma conjunta con las organizaciones médicas, farmacéuticas y odontológicas, los mecanismos que aseguren amplia comunicación, información educación sobre los mecanismos genéricos. Es decir que obliga a facultar al consumidor la libre elección de medicamentos, a otorgar la correcta información sobre los mismos y a determinar políticas sanitarias al respecto, situaciones éstas contempladas y alcanzadas por nuestro sistema tipo de salud en el cual los profesionales salen de su ámbito básico de la relación médico / paciente para elevarlo a la categoría de conductor, empresario, industrial, o proveedor dentro de la cadena de comercialización de bienes o servicios de consumo.

³¹⁵ Decreto 1855/2002. Recuperado de: [http://www.colfarm.org.ar/.../18_0_Decreto%201855-02%20reglam%20ley%](http://www.colfarm.org.ar/.../18_0_Decreto%201855-02%20reglam%20ley%20)

A modo de reflexión cabe citar algunos pasajes de la nota editorial de la periodista Daniela Blanco del periódico Infobae³¹⁶ “El espíritu de la ley tiene que ver fundamentalmente con amplificar el derecho de los pacientes a elegir libremente el medicamento y que los laboratorios produzcan en el país aquellos medicamentos sobre los que pretenden una patente” (Sic). Continúa reflexionando con una atinada mirada crítica, que el gran desafío pendiente que aún tiene ésta ley es su ejecución, es decir que estando vigente no se la respete. Resalta las palabras del entonces Ministro de Salud Dr. Ginés González García en tanto en la argentina se ha trasladado el poder de los laboratorios y de la prescripción médica a los propios pacientes, en tanto tienen la oportunidad y el derecho de pedir la sustitución de los medicamentos por uno de precio más accesible a su bolsillo. En su opinión es una extraordinaria medida, no solo democrática sino facilitadora del acceso a un bien esencial.

Por último “llama la atención que nadie- ni siquiera el Ministerio de Salud de la Nación que mira el conflicto distante-ponga sobre la mesa la idea de “sacarle el polvo” a la Ley de Genéricos para ver si puede oficiar como un “regulador natural” de los precios” (Sic). Consideramos en éste punto que lo descripto habla por sí solo, razón por la cual los comentarios huelgan.

VIII. LA LEY DE CONSUMIDOR EN EL DERECHO COMPARADO – ALGUNOS CASOS PUNTUALES.

A modo de establecer similitudes y diferencias con nuestra ley nacional, hemos citado algunos casos especiales de normativa consumerista en el derecho extranjero.

El caso de Brasil nos pareció relevante y es por ello que lo destacamos en un primer término, toda vez que involucra a los profesionales liberales dentro de la ley de consumidor, estableciendo que dicha responsabilidad será definida por la verificación de la culpa en la que haya incurrido.

³¹⁶ BLANCO, D. (2014). “*Mediamnetos Genéricos: la ley que nació para bajar el costo de la salud y hoy casi no se aplica*”. Recuperado de: <http://www.infobae.com/2014/06/26/1576344-medicamentos-genéricos-la-ley-que-nació-bajar-el-costo-la-salus-u-hoy-casi-no-se-aplica/>.

³¹⁷Es así que el art. 14 de la Ley de defensa del Consumidor Brasileña regula que el proveedor de servicios es responsable, independientemente de la culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por los defectos relacionados con la prestación de los servicios, así como la información insuficiente o inadecuada acerca de su uso o riesgos. 1) El servicio es defectuoso cuando no ofrece la seguridad esperada por el consumidor, teniendo en cuenta las circunstancias relevantes, incluyendo además: a) el modo de suministro; b) el resultado y riesgos que razonablemente se puede esperar de él; c) el tiempo en que se proporcionó; 2) El servicio no es defectuoso mediante la adopción de nuevas técnicas; 3) El proveedor del servicio no será responsable si prueba: a) haber prestado el servicio con inexistencia de defectos, b) demostrando la culpa exclusiva del consumidor o de un tercero; 4) La responsabilidad personal de los profesionales liberales – entre ellos los agentes del equipo de salud – será definida por la verificación de la culpa. **(La traducción es nuestra).**

Aquí podemos contemplar que, a diferencia de nuestra normativa nacional que excluye lisa y llanamente la responsabilidad del profesional liberal de la ley de consumidor, salvo que aquellos hayan comprometido un resultado en su práctica, o bien realicen una publicidad engañosa, por la cual los consumidores contraten, la inclusión de dichos profesionales en la ley brasileña resulta clara y contundente, en tanto la responsabilidad personal está definida y sujeta a la verificación de la culpa.

Esta es una manera de demostrar que el mundo viene trabajando en la protección del consumidor y que no es un capricho nuestro crear una nueva responsabilidad profesional a las ya existentes en la actividad profesional.

³¹⁷ Art. 14 Lei 8078: CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido. 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. LENCIONI GÓES, P.A. (2013). CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR Lei Nº: 8.078/90 GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania.. São Paulo Edição atualizada 2013. Brasil: Fundação Procon SP.

Brasil es un claro ejemplo, aunque no el único de que existe responsabilidad por consumidor en los profesionales liberales.

La ley 453 de Consumidor de Bolivia “Ley General de los Derechos de las Usuarias y los Usuarios y de las Consumidoras y los Consumidores”, sancionada el 4/12/2013³¹⁸ en su art. 5 – Definiciones – al legislar sobre los proveedores, deja afuera de ésta categoría a los profesionales liberales ya que, considera como proveedores a “las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que desarrollan actividades de producción, fabricación, importación, suministro, distribución comercialización y otras.....No se considera proveedores a quienes ejercen una profesión libre”. Sin embargo, en el mismo artículo al definir la inocuidad del producto, expone que es la característica sanitaria que asegura que un producto o servicio no causa daño a la salud de las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores. Al darle característica sanitaria se está refiriendo en parte a productos que impacten directamente en la salud de los consumidores. Es aquí que, en nuestra interpretación se está refiriendo entre los productos a medicamentos y si hablamos de ellos no podemos obviar a los agentes de salud.

A mayor abundamiento, en el capítulo segundo de dicha ley “Derechos y Garantías de las Usuarias y los Usuarios y de las Consumidoras y los Consumidores”, sección 1 “Derecho a la Salud e Integridad Física”, la protege de una manera expresa disponiendo en su art. 8 que las usuarias y los usuarios y las consumidoras y los consumidores tienen derecho a recibir productos o servicios en condiciones de inocuidad en resguardo de su salud e integridad física. Va de suyo que, la norma se está refiriendo a la generalidad de los bienes o servicios puestos en el mercado pero corriéndonos brevemente de una interpretación exclusivamente exegética o literal del artículo, podemos integrarlo con la protección de salud psíquica y corporal de los consumidores integrando en nuestra doctrina al equipo de salud.

La Ley 1334 de Defensa del Consumidor y del Usuario de Paraguay, sancionada el 15/09/1998³¹⁹ establece en su art.1 las normas de protección y de defensa de los consumidores y usuarios, en su dignidad, salud, seguridad e intereses económicos, es decir

³¹⁸ Ley 453/2013. Bolivia. Ley General de los Derechos de las Usuarias y Usuarios y de las Consumidoras y los Consumidores. Recuperado de:<http://www.wipo.int/edocs/laws/es/bo/bo044es.pdf>.

³¹⁹ Ley 1334/98. Paraguay. Ley N°.1334 de Defensa del Consumidor y del Usuario. Recuperado de:http://www.mic.gov.py/vg1/sites/172.30.9.105/files/Ley%2016_0.pdf.

que menciona claramente la protección del derecho de la salud de los consumidores y usuarios.

En su art. 4, Inc. d) de fine como servicios a cualquier actividad onerosa suministrada en el mercado....., una de ellas es la de los profesionales de la salud. No obstante ello en el segundo párrafo del mismo inciso plasma categóricamente que:”No están comprendidos en ésta ley, los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por la autoridad facultada para ello, pero si la publicidad que se haga de su ofrecimiento”.

En rigor de verdad es un calco de la exclusión realizada por la ley 24.240, con la diferencia que habla en éste acápite de publicidad en general y no específicamente de publicidad engañosa o aseveración de resultados de la práctica sanitaria.

En el capítulo II, art. 6, Inc. b) “Derechos Básicos del Consumidor” menciona la protección de la vida, la salud y la seguridad contra los riesgos provocados por la provisión de productos y la prestación de servicios considerados nocivos o peligrosos; y en el Inc. e) de la adecuada protección contra la publicidad engañosa, los métodos comerciales coercitivos o desleales, y las cláusulas contractuales abusivas en la provisión de productos y la prestación de servicios.

Es decir que, sin redundar en nuestra conclusión de cada ley, encontramos la reiteración protectoria de la salud, la integridad física, la vida, etc. Derechos erigidos al más alto rango jurídico y con categoría de derechos humanos. La protección de las prácticas abusivas y peligrosas no escapan a las que se realizan en algunos procedimientos sobre los pacientes / consumidores, razón por la cual entendemos que si bien existe la exclusión legal, una interpretación integradora de las normas en un claro diálogo de fuentes podría imputar responsabilidad a los miembros del equipo de salud.

La Ley 17.250 de Uruguay. Ley de Relaciones de Consumo. Defensa al Consumidor, sancionada el 11/08/2000,³²⁰ en su art. 35 regula en forma clara y expresa la responsabilidad por consumidor de los profesionales liberales en tanto la misma será objetiva o subjetiva según la naturaleza de la prestación asumida.

³²⁰ Ley 17.250/00. Uruguay. Ley de Relaciones de consumo. Defensa del Consumidor. Recuperado de: <http://www.impo.com.uy/bases/leyes/17250-2000>.

Coherente en su redacción, el legislador uruguayo reguló en el art. 5, segundo párrafo como servicio a cualquier actividad remunerada, suministrada en el mercado de consumo, a excepción de las que resulten de las relaciones laborales. El art. 6 al establecer los derechos básicos de los consumidores entre otros menciona.....a) la protección de la vida, la salud y la seguridad contra los riesgos causados por las prácticas en el suministro de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos; b) la educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, la libertad de elegir y el tratamiento igualitario cuando contrate. A la luz de la norma, se observa que la conceptualización de servicio puede involucrar a los profesionales y sobre todos al trabajo en la salud. La protección marcada de la vida, la salud y la seguridad contra los riesgos padecidos por el consumidor, perfectamente pueden extenderse a los pacientes.

De hecho y haciendo un análisis más minucioso de la ley uruguaya podríamos trazar una línea comparativa con el derecho de la salud, es decir que cuando regula por la libertad de elección del consumidor, lo podríamos comparar con la (autonomía), la educación y divulgación de la información con el (consentimiento informado), el tratamiento igualitario con (Beneficencia y Justicia), es decir que nos atrevemos a comparar los conceptos del legislador uruguayo – en éste párrafo – con los pilares de la ética biomédica. Extremos equiparables además a nuestra ley 26.529/09.

Si bien podrán objetarnos la pretenciosa comparación realizada, a nuestro entender la consideramos lógica des de el mismo momento que se plasma la responsabilidad específica de los profesionales liberales, quedando comprendidos entre otros los que conforman el equipo de salud.

Apoyando nuestra tesis, en el Capítulo III “Protección de la Salud y la Seguridad”, los arts. 7 y 8 son claros con respecto a la protección del bien jurídico tutelado “la salud”, en tanto prescriben que todos los productos y servicios de los cuales cuya utilización pueda suponer un riesgo considerado normal, en nuestro caso, una contraindicación de un medicamento de uso externo o interno, o la aplicación de aparatología sobre el cuerpo de las personas, deben observar las normas y formas establecidas razonables, que entendemos son aquellas que la autoridad sanitaria de aplicación determina. La información que se haga de esos productos debe darse al consumidor en forma clara y visible sobre su peligrosidad y nocividad.

Cierra nuestro análisis el Capítulo IX “Publicidad”, en tanto su art. 24 reza:”Toda publicidad debe ser transmitida y divulgada de forma tal que el consumidor la identifique como tal. Queda prohibida cualquier publicidad engañosa. Se entenderá por publicidad engañosa cualquier modalidad de información o comunicación contenida en mensajes publicitarios que sea entera o parcialmente falsa, o de cualquier otro modo, incluso por omisión de datos esenciales, sea capaz de inducir a error al consumidor respecto a la naturaleza, cantidad, origen, precio, respecto de los productos y servicios”. Entendemos que, los profesionales, como lo hemos explicado en párrafos anteriores que publiciten productos, en éste caso médicos por cualquiera de los medios de comunicación existentes, televisivos, radiales, por medios electrónicos, volantes callejeros, que causen un perjuicio al consumidor / paciente, serán responsables de las consecuencias dañosas derivadas de dicha publicidad, toda vez que el consumidor contrató en virtud de la credibilidad que la persona hizo de las propiedades del producto.

Portugal fue pionero en la adopción de medidas de defensa al consumidor. Los derechos de los consumidores fueron consagrados en la Constitución de la República Portuguesa de 1976, habiendo sido publicada la primera ley de defensa del consumidor en 1981.³²¹ Con la adhesión de Portugal a la Comunidad Europea (CEE), en 1986, hoy Unión Europea (UE), fue expandida al ámbito de las políticas de consumo, abarcando diversas materias. La defensa de la salud y la seguridad de los consumidores, ligadas estrechamente a la circulación de productos, en un mercado único, también ganaron una particular relevancia. Es así que en 1996 surgió una nueva ley de Defensa del Consumidor, vigente en la actualidad, que vino a consagrar el derecho a la protección jurídica y a una justicia accesible y oportuna, así como a la prevención y reparación de los daños patrimoniales y no patrimoniales que resulten de la ofensa de intereses individuales homogéneos, colectivos y difusos.

Por haber sido precursor en la defensa de los derechos de los consumidores, citamos su ley en representación de la Unión Europea, ya que establecer más comparaciones con otros países miembros, excede el marco del análisis de éste artículo.

³²¹ “*El Consumidor en Portugal*”. Recuperado de: <http://www.dialnet.uniroja.es/servlet/articulo?codigo=115782>. Dirección General del Consumidor. Ministerio de Economía y del Empleo. <http://www.consumidor.pt.ps.383-385>.

Es así que la Ley 24/96 de Portugal, sancionada el 31 de julio de 1996³²², protege en el Capítulo II “Derechos de los Consumidores”, art. 3, Inc. b) la salud y la seguridad física. El art. 5 específicamente regula el derecho a la protección de la salud y la seguridad física:”1.El suministro de bienes o la prestación de servicios que, en condiciones de uso normales o previsibles, incluida la duración, impliquen riesgos incompatibles con su utilización, no son aceptables de acuerdo con un alto nivel de protección de la salud y la seguridad de las personas físicas; 2. Los servicios de la Administración pública, en el ejercicio de sus funciones, siendo conscientes de la existencia de bienes o servicios prohibidos en virtud del párrafo precedente, deberán notificar de éste hecho a las autoridades de vigilancia del mercado; 3. Los organismos de la administración pública competente deberán de proveer los medios para retirar del mercado los bienes y prohibir el suministro de los servicios que impliquen un peligro a la salud física o seguridad de los consumidores, cuando se utilicen en condiciones normales o razonablemente previsibles”. **(La traducción es nuestra).**

Este artículo en nuestra propuesta se contrasta con el Macronivel existente dentro de un sistema de salud, es decir que se encuentra referido a los funcionarios públicos encargados de establecer las políticas públicas de salud y seguridad y a los organismos de contralor del mercado en la circulaciones de bienes y servicios para consumo, haciéndolos responsables del incumplimiento de la regulación vigente.

El art. 8 en tanto derecho a la información, en su inciso 3 vuelve a plasmar que la información de los productos peligrosos para la salud debe ser otorgada al consumidor en forma clara, completa y apropiada por el proveedor o prestador de servicios al consumidor potencial.

Si bien es clara la exclusión que la misma ley hace respecto de los profesionales liberales, ya que en el Capítulo V “Disposiciones Finales”, art. 23 dispone:”Profesionales Liberales. La responsabilidad por los servicios prestados por un profesional está regulada por sus propias leyes”. **(La traducción es nuestra).** Consideramos que, como en nuestra ley nacional, la responsabilidad de los profesionales liberales que por acción u omisión pueda causar un daño a terceros derivada de su actuación, se encuentra regida por sus propias leyes de ejercicio profesional. Pero así como nada obsta a que éstos actores sociales

³²² Ley 24/96.Portugal. Ley de Defensa del Consumidor. Recuperado de:http://www.pgdlisboa.pt/.../lei_mostra_articulado.php?nid.

pueden ser imputados a través de sus hechos o actos a título de culpa o dolo por otras materias jurídicas, a modo de ejemplo: deontológica, administrativa, etc., consideramos que en la interpretación jurídica que se haga de su accionar, pueda quedar comprendidos en una nueva responsabilidad como la consumeril.

IX. CONCLUSIONES

A la luz de un simple, pero detallado análisis de la normativa consumeril vigente, ya no se puede sostener, o por lo menos, esta es nuestra postura, al profesional liberal de la salud, fuera de lo dispuesto en materia de consumidor por el derecho positivo vigente.

Negar su existencia o cuanto menos no repensar su posición, no solo significaría ser contra fáctico per se, sino no visualizar un hecho reiterado en el tiempo que desde hace más de dos décadas viene corriendo a la par de la protección de los derechos de la parte más débil de la relación de consumo, en cuanto a los profesionales liberales en general y específicamente a los del equipo de salud.

En la actualidad no podemos dejar de lado el modelo médico planteado. Lejos de la preocupación que desvelaba a Hipócrates, de acuerdo a los registros de la historia de la medicina, en tanto fue el primer médico en el mundo por preocuparse por el paciente más allá de sus dolencias físicas y en no tratarlo como un simple ignorante a la hora de decidir aceptar o no un tratamiento sobre su cuerpo, en participar de las decisiones de salud y en que el paciente se sintiera cuidado y respetado por el profesional.

De hecho, fue el precursor, dentro de la doctrina del paternalismo médico en procurar a los enfermos la lealtad, la confianza, la toma de decisiones, y el cuidado extremo más allá de su cuerpo. Extremos que años más tarde y en la modernidad, en los albores de la década de 80, fueron tomados por dos profesionales de la salud Bauchman y Childress, plasmando el Informe Belmont que trazó los principios bioéticos en medicina.

Principios que hoy se encuentran regulados en las normas vigentes, protectorias de los débiles y/o más vulnerables, los pacientes / consumidores.

Hemos planteado además que las nuevas tecnologías, la complejización del derecho a la salud, de rango constitucional, han desembarcado nuevos métodos y abierto nuevos horizontes y oportunidades para que los profesionales del arte de curar puedan desempeñar nuevas tareas. Es así que hemos propuesto en una suerte de cuadro comparativo los pilares fundamentales de un sistema complejo de salud y las distintas etapas y diferentes roles que puede desempeñar un profesional de la salud dentro de ese marco.

En este contexto, hemos determinado que en todos y cada uno de sus niveles, existe responsabilidad de los profesionales del equipo de salud actuantes, más allá de la trazada en materia médica y atinente al quehacer profesional.

Es así que nuestra clara y contundente conclusión es que a los profesionales de la salud no solo les cabe la responsabilidad civil, penal, ética y administrativa, sino además la de consumidor, por considerar su actividad como una actividad de las que se encuentran alcanzadas por la normativa consumeril.

Este artículo no pretende abarcar la importante e infinita legislación y artículos de doctrina existentes en el tema de derechos protectorios de los consumidores y usuarios, tanto nacionales, cuanto en el derecho comparado, sino simplemente destacar en una rápida lectura las premisas centrales acerca de la situación planteada por la protección del consumidor y el nuevo rol desempeñado por los profesionales de la salud.

Así ponemos en discusión algunas normas básicas que fueron las que dieron sustento a la protección del consumidor, entendiendo que, si bien es vasta la normativa en la materia, cuando de leyes se trata según la óptica con la cual se la observe, se pueden tener visiones distintas.

Es por ello que no pretendemos hacer un juicio de valor sobre la regulación existente, ya que entraríamos en subjetividades que lo único que adicionaría sería una opinión contraria a la del legislador, generando mayor confusión y no aportando una doctrina clara al respecto, pero sí consideramos importante resaltar que las últimas modificaciones normativas, han consagrado con mayor firmeza y alcance protectorio los derechos de los consumidores y usuarios que a través de tantas discusiones, reformas, doctrina y jurisprudencia se lograron conseguir desde su regulación originaria en 1993, hasta la última reforma del Código Civil y Comercial de La Nación.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN

Argentina (2012). M. S. Decreto 1089. Recuperado de <http://www.infoleg.gov.ar>

Argentina (2009). Ley 26.522/09. “*Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual*”. Recuperado de: www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/155000.../norma.htm

Argentina. (2012). Ley 26.742/12. “*Ley de Derechos del Paciente*”. *Reforma de la ley 26.529*. Recuperado de: www.infoleg.gov.ar

Argentina. Ley 24.240. Recuperado de: infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/norma.

Argentina (2008). Ley 26361. Recuperado de: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/135000.../norma.htm>.

Argentina. Ley 25649. *Ley de Prescripción de Medicamentos por su nombre Genérico*. Recuperado de: <http://www.protectora.org.ar/legislación>.

Argentina (2002). Decreto 1855/2002. Recuperado de: http://www.colfarm.org.ar/.../18_0_Decreto%201855-02%20reglam%20ley%.

BAROCELLI, S.S. (2015). “*Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial*”. AR/DOC/412/2015.

BLANCO, D. (2014). *Mediamnetos Genéricos: la ley que nació para bajar el costo de la salud y hoy casi no se aplica*. Recuperado de: <http://www.infobae.com/2014/06/26/1576344-medicamentos-genéricos-la-ley-que-nació-bajar-el-costo-la-salus-u-hoy-casi-no-se-aplica/>.

Bolivia (2013). Ley 453/2013. *Ley General de los Derechos de las Usuaris y Usuarios y de las Consumidoras y los Consumidores*. Recuperado de: <http://www.wipo.int/edocs/laws/es/bo/bo044es.pdf>.

CONDOMÍ, A.M. (2014). "Primeros pasos en el derecho del consumo" (*El usuario de servicios de profesionales liberales*). Sexta parte. Recuperado de: <http://www.infojus.gov.ar>.

Defensa del Consumidor. "Ley 24.240, actualizada ley 26.994, decretos y resoluciones complementarias" Buenos Aires: Ediciones del País.

ELIRCHY, N. (1987) "La importancia de la articulación interdisciplinaria para el desarrollo de metodologías transdisciplinarias". Buenos Aires: Nueva Visión.

El Consumidor en Portugal. Recuperado de: <http://www.dialnet.uniroja.es/servlet/artículo?código=115782>. Dirección General del Consumidor. Ministerio de Economía y del Empleo. <http://www.consumidor.pt>. 383-385.

FONTANES, M..J. (2005). "Aplicación de la ley de Defensa del Consumidor en la atención médica". Resumen: S-033. Comunicaciones Científicas y Tecnológicas 2005. Universidad Nacional del Nordeste.

HEDONAI. (s.f.). <http://www.hedonai.com> > ... > Medicina Estética > Rejuvenecimiento. Fecha de captura 10/01/2016.

Ley 26.994/14. (2014) "Nuevo Código Civil y Comercial de la nación Argentina., Buenos Aires: Ediciones del País.

LENCIONI GÓES, P.A. (2013). "Código de proteção e defesa do consumidor" Lei Nº: 8.078/90 Governo do Estado de São Paulo Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. São Paulo Edição atualizada 2013. Brasil: Fundação Procon SP.

Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. (2014). Buenos Aires: El País.

Paraguay (1998). Ley 1334/98. *Defensa del Consumidor y del Usuario*. Recuperado de: http://www.mic.gov.py/vg1/sites/172.30.9.105/files/Ley%2016_0.pdf.

Portugal (1996). Ley 24/96. *Ley de Defensa del Consumidor*. Recuperado de: http://www.pgdlisboa.pt/.../lei_mostra_articulado.php?nid.

SÁNCHEZ TORRES, F. (2000). “*Catecismo de la Ética Médica*”. La Relación Médico Sociedad. España: Herder.

Uruguay (2000). Ley 17.250/00. *Ley de Relaciones de consumo. Defensa del Consumidor*. Recuperado de: <http://www.impo.com.uy/bases/leyes/17250-2000>.

LA EDUCACIÓN E INFORMACIÓN PARA EL CONSUMO EN ARGENTINA.

UNA MIRADA DIGNA, EQUITATIVA Y SALUDABLE SOBRE EL PACIENTE, EN SU ROL DE CONSUMIDOR.-

POR MARTÍN TESTA *

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo realizaremos una aproximación acerca de la educación e información que debe brindarse al paciente, en su rol de consumidor y, asimismo, es nuestra intención proponer una armonización entre la Ley 26.569 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud que versa sobre los derechos del paciente, la historia clínica y el consentimiento informado (LDP; Ley de Derechos del Paciente), la Ley 24.240 de Protección y Defensa de los Derechos de los Consumidor y Usuarios (LDC; Ley de Defensa del Consumidor) y, el nuevo Código Civil y Comercial (CCC; Código Civil), a la luz de los principios rectores del Derecho del Consumidor.

En este navegar, nos centramos en el paciente como consumidor, analizando las normativas en cuestión y teniendo presente el llamado “diálogo de las fuentes”, proponiendo así una armonización legislativa, a modo de aporte sobre el derecho del Siglo XXI, de cara a la Argentina digna, equitativa y saludable que nos merecemos.

Vivimos un momento histórico que tiene que ser una bisagra para tender un puente entre las asignaturas pendientes y los debates que se vienen en nuestro país, reconociendo que la

* Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Abogado, docente, personal permanente e investigador en formación. Alumno regular de los cursos válidos para el doctorado. Miembro de equipo de Proyectos de Investigación Científica (UBACyT, DECyT; Interés Institucional) en la Facultad de Derecho UBA. Miembro Colaborador en el Observatorio de Derecho de Salud; Colaborador del Museo y Archivo Histórico (Facultad de Derecho/UBA). Integra el Consejo Editorial de la Revista En Letra. Correo electrónico: martintesta@derecho.uba.ar El autor desea hacer presente su agradecimiento al Director del proyecto por esta oportunidad y su generosidad, Profesor Dr. Sergio S. Barocelli y a todas las personas que desde sus diferentes ámbitos hacen permanentes y saludables aportes a la Ciencia y a la Educación en Argentina.

relación de consumo y la relación médico-paciente ya no pueden abordarse con la mirada del siglo pasado.

II. 1. PALABRAS PRELIMINARES. EN TIEMPOS CRÍTICOS, GLOBALIZADOS Y POSMODERNOS: ¡CONSUMA DIGNIDAD!

Vivimos en una sociedad de consumo en la cual todas y todos somos consumidores, ya que adquirimos bienes y utilizamos servicios y, por ello es interesante analizar cómo nos beneficia la educación y la información en este sentido.

En similitud, vivir en una sociedad de consumo es parte de nuestro esquema como sociedad y, por ende, es un pensamiento o una sensación que viene evolucionando a través del tiempo.

En otras palabras, la sociedad de consumo constituye el paradigma de la sociedad occidental, que emerge en la segunda posguerra, consolidándose, con sus particularidades en los últimos años a nivel global.³²³ En concordancia, la revolución industrial fue el comienzo de la producción masificada y el embrión de la sociedad de consumo, es decir, el comienzo de otro modelo histórico y desde luego –como consecuencia-, de un nuevo marco social que encuentra su desarrollo exponencial en la segunda mitad del siglo XX.³²⁴

Por esto, entendemos que cuando esta sociedad de consumo mercantiliza todas las actividades humanas y las relaciones sociales rompiendo con la cadena de valores (solidaridad, equidad, equilibrio, costumbres, cultura) para concluir en un consumismo desenfrenado e irreflexivo de bienes y servicios que no constituyen bajo ningún punto de vista una necesidad real sino ficticia, como sociedad, todavía nos queda mucho camino que recorrer.³²⁵ Es decir, este consumismo en donde se consume por el mero hábito propio de un estilo de vida irreflexivo es tan catastrófico para la persona en sí misma, como en sus

³²³ BAROCELLI, Sergio Sebastián, *El Derecho del Consumidor y el nuevo código civil y comercial*, en KRIEGER, Walter y BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, El Derecho, 2016.

³²⁴ GHERSI, Carlos A. y WEINGARTEN, Celia, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Defensa del Consumidor*, La Ley, 2011, citado en: BAROCELLI, Sergio S., *El valor tiempo como menoscabo a ser reparado al consumidor. Su cuantificación*, 2013.

³²⁵ PEREZ BUSTAMANTE L., *Derechos del Consumidor*, Buenos Aires, Astrea, 2004.

intereses económicos, sociales y culturales, como para los recursos naturales de nuestro planeta.

Sin embargo, el acceso al consumo es parte necesaria de nuestra vida, siempre que se desarrolle bajo ciertos recaudos para evitar daños que deban ser soportados por las actuales y futuras generaciones. En otras palabras, para lograr la armonización y equilibrio en el sistema de consumo y de salud en Argentina y la región, el nexo fundamental que capacita tanto a proveedores como especialmente a consumidores es la educación.

En este sentido, creemos oportuno coincidir en que la información tiende al crecimiento de las personas, ya que es el primer paraguas protector, lo cual se visibiliza en la jerarquía que nos brinda el conocimiento.³²⁶

En este navegar, la utilización de la regla romana *neminem laedere*, para tratar de captar los actos perjudiciales a fin de hacer reinar el orden en la sociedad, ha permitido a los estudiosos de todas las épocas solucionar los desafíos que se plantean cotidianamente con el desarrollo de la comunidad y de la ciencia. Esta actitud se presenta tan natural para el jurista actual que no parece que se hubieran necesitado siglos de evolución y que, a pesar de ello, todavía estemos en camino de encontrar y dar solución a todos los supuestos en razón de tal principio.³²⁷

En este camino, el ingreso de los derechos personalísimos a la Constitución Nacional se produjo, con la reforma del año 1994, a través de la adopción de los pactos, declaraciones, acuerdos y convenios internacionales por la incorporación del artículo 75, inciso 22 en la Carta Magna. Por esta consagración tienen jerarquía constitucional las declaraciones de derechos humanos, que vinieron a suplir las omisiones y silencios de nuestro Derecho Privado. Así la constitucionalización de los derechos de la persona se produjo por un sistema endógeno, provocando desde el exterior de nuestro ordenamiento jurídico³²⁸. Estos derechos se refieren siempre a las prerrogativas y poderes que garantizan a la persona el

³²⁶ PINTO, Mónica, “Entrevista a Mónica Pinto”, p. 209 y stes.

³²⁷ GARRIDO CORDOBERA, Lidia, *Reflexiones sobre la responsabilidad civil...*, 2010, p. 136.

³²⁸ MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela N., *La Internacionalización, la integración, y la globalización de los Derechos Personalísimos*, 2005, p. 145.

goce de sus facultades y del espíritu, o dicho de otro modo, que aseguran al individuo el respeto y desenvolvimiento de su personalidad física y moral.³²⁹

Coincidiendo con Scotti, “en estos tiempos de posmodernidad, nosotros integramos la sociedad de la información, y a la vez, somos parte de la denominada sociedad de consumo. En efecto, en los últimos años ha irrumpido un nuevo modo de comunicación, que ha transformado la realidad social. Los medios electrónicos y en particular internet han revolucionado al Derecho, creando nuevos problemas jurídicos de compleja solución. Así, la sociedad de la información, el comercio electrónico, y la contratación celebrada por medios electrónicos son temas que ocupan un lugar destacado en el Derecho que se está gestando”.³³⁰

Creemos entonces que el mundo actual demanda un cambio de mentalidad: la transformación de la cultura adversarial tradicional en una nueva cultura negociadora, mediadora y flexible, en la que el abogado tiene una labor fundamental, como lo es ofrecer nuevos servicios y caminos más eficientes para los problemas de sus clientes.³³¹ Es necesario para ello que las universidades tomen la iniciativa de formar nuevas generaciones de profesionales capacitados para reducir el costo de solucionar los conflictos, formando abogados competentes, preparados para pensar con creatividad sobre las múltiples formas de abordar la resolución de una controversia, conociendo diferentes mecanismos y aprendiendo a diseñar nuevos, que ayuden a obtener mejores resultados.³³² En similitud, es dable destacar que el paradigma actual del planeta globalizado requiere: “Mas humanidad”.³³³

Como reconoce Lima Marquez, “en la bellísima expresión de Erik Jayme, es el actual y necesario "diálogo de las fuentes" (*dialogue des sources*) el que permitirá la aplicación simultánea, coherente y coordinada de las muchísimas fuentes legislativas convergentes.

Lo que sucede es que hay que tener presente lo que plantea Barocelli, en palabras que compartimos: *La “sociedad de consumo” en la que estamos inmersos desde hace algunas décadas coloca a los consumidores en una situación de debilidad y vulnerabilidad*

³²⁹ GOLDENBERG, Isidoro, *Daño a los derechos de la personalidad*, 1989, p. 336.

³³⁰ SCOTTI, Luciana, *La protección del consumidor...*, 2008, p. 111.

³³¹ PADILLA, Roberto, *Un cambio de mentalidad...*, La Nación, 14/7/1993.

³³² CAIVANO, Roque y otros, *Negociación y Mediación...*, 2006.

³³³ CRUCES, Ariel, *Los principios del derecho privado en el siglo XXI...*, 2011.

*estructural en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios. Relaciones que, en muchos casos, se encaminan en un sendero de conculcación de derechos, incumplimientos, daños materiales e inmateriales, abusos y frustraciones, especialmente entre los consumidores de sectores menos favorecidos. Hay que tener en cuenta esta dimensión sociológica a la hora de la interpretación del Derecho.*³³⁴

En similitud, intentaremos abordar el derecho a la educación e información para el consumo y la salud, con los alcances del nuevo código civil, como un instrumento de protección y defensa de las personas -en su rol de consumidores y pacientes- frente a los productores e incluso frente a los mismos Estados, con el objetivo claro y evidente de lograr despertar en el lector la idea que un paciente informado adecuadamente es un ciudadano valioso para la humanidad.

Por esto, compartimos con Barocelli que “el derecho del consumidor se erige como un sistema de normas principiológicas, de orden público y fuente constitucional, con carácter esencialmente protectorio de la parte débil y vulnerable, esto es, de aquellos que adquieren o utilizan bienes o servicios para satisfacer necesidades domésticas, que atraviesa todo el ordenamiento jurídico positivo, poniendo en crisis muchos de sus paradigmas clásicos y resignificando mucho de sus postulados a la luz de sus normas, principios e instituciones cuando se verifica la existencia de una relación de consumo”.³³⁵

Al respecto, tenemos presente el resonante caso “Gualtieri”, en donde en especial en el voto de la Dra. Argibay se precisa que es difícil concebir algo más privado que el propio cuerpo, ya que el derecho de cada persona a excluir interferencias o invasiones de terceros en su cuerpo es un componente necesario de la vida privada, en la que rige el principio de autonomía personal.³³⁶

Coincidiendo con Tomillo Urbina, coincidimos en que “Las posiciones *asimétricas* y las situaciones de *sometimiento* empiezan a no ser toleradas socialmente, cuando no resultan llanamente rechazadas. Nos encontramos ante una sociedad cada vez más moderna y reivindicada que reacciona y se rebela ante realidades que percibe como injustas por

³³⁴ BAROCELLI, Sergio S., *El concepto de consumidor en el nuevo Código Civil...*, 2015.

³³⁵ BAROCELLI, Sergio Sebastián, “El Derecho del Consumidor y el nuevo código civil y comercial”, KRIEGER, Walter y BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, El Derecho, 2016, pp. 9-10.

³³⁶ CSJN, Gualtieri Rugnone de Prieto Emma Elidia y otros, s/ sustracción de menores de 10 años", 11 de Agosto de 2009.

impositivas y discriminatorias, un cuerpo social que ya no se resigna a soportar la desigualdad como un *fatuum* insalvable”.³³⁷

Al igual que Lima Marquez compartimos el sueño de contar en un futuro no muy lejano con una Convención Interamericana del Derecho del Consumidor, que recepte los destacables avances de la región, sumados a los admirables aportes de la legislación europea, a favor del paciente como consumidor.

Como bien expresa Garrido Cordobera, todo el que aspire a estudiar profundamente los temas de responsabilidad civil debe analizar las circunstancias del mundo en que vivimos, con el continuo avance de las ciencias y de las técnicas, el creciente número de accidentes, la masificación, la intervención del Estado, la globalización; ya que configurando nuestras circunstancias orteguianas el Derecho no puede sustraerse de ellas, a menos que sólo sea un enunciado lógico desprovisto de contenido y estamos convencidos que el estudioso del derecho debe captar los cambios sociales ya que éstos son factores genéticos de los sistemas normativos.³³⁸

En este sentido, coincidimos con Pregno, en que el Derecho de la Salud viene a orientar la búsqueda de respuestas a los dilemas y conflictos que el avance de la Biotecnología y la Biomedicina plantean. La justificación de la autonomía de esta “neorama” radica en el carácter transversal que porta respecto de las demás ramas jurídicas. El Derecho de la Salud no se descuelga del tronco madre, sino que constituye un verdadero *by-pass* hacia el interior del mundo jurídico, desde que es preciso realizarla articulando la totalidad de las ramas, las tradicionales y las no tradicionales; en el Derecho de la Salud confluyen, en todas sus manifestaciones, el Derecho Público, el Derecho Privado y las ramas eclécticas. La aparición de la disciplina reviste importancia no sólo desde especulaciones epistemológicas en el mundo jurídico sino también por el alto impacto en la vida cotidiana de las personas, en su avance en la construcción de ciudadanía, el cual debe ser necesariamente acompañado por el saber jurídico. La proliferación de normativa reguladora de la sanidad, las demandas por Mala Praxis Médica (y las implicancias del juicio de responsabilidad profesional), el ofrecimiento de cursos especializados sobre cuestiones atinentes a Derecho y Salud en las escuelas de leyes, de medicina y afines, son

³³⁷ TOMILLO URBINA, Jorge y CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín (Dirs.), *La protección jurídica...*, 2010.

³³⁸ GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., *Los Daños en la Sociedad Actual...*, 2005, p. 345.

sólo algunos destellos que señalan cambios sociales sustanciales insoslayables en la construcción de un objeto jurídico complejo.³³⁹

En este marco del Derecho de la Salud -y en particular, del Derecho de los Pacientes- surge la importancia de la existencia de un trato digno, equitativo y no discriminatorio como instrumento de protección de los sujetos vulnerables de la relación de consumo. Esto permitiría brindar un real cumplimiento del deber genérico de no dañar, del deber esencial de informar y del deber específico de brindar asistencia a toda persona que presenta una necesidad médica, en beneficio de su plena libertad e igualdad, ya que las personas viven -y mueren- en sociedad. Por tal motivo, es de gran relevancia el debido cuidado de la privacidad, teniendo presente los ideales de grandeza expresados en el Preámbulo de nuestra Carta Magna *con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino.*

Sin perjuicio de la reglamentación específica, tenemos que recordar que a través de los distintos pactos, protocolos y declaraciones, se incorporaron a nuestro texto constitucional una serie de derechos fundamentales, aspecto en el cual no nos adentraremos a los efectos de este trabajo, pues excede sus alcances y objetivos, pero si es dable mencionar que varios de estos instrumentos contienen distintas disposiciones referentes a la vida, salud y dignidad de las personas, las cuales integran nuestra Constitución Nacional. En este sentido, coincidimos con Aizenberg en que la importancia que revisten los derechos de los pacientes en este contexto, como eje básico de las relaciones médicas, ha sido puesta de manifiesto por las organizaciones internacionales: la Organización Mundial de la Salud, la Organización de las Naciones Unidas, la Unión Europea, el Consejo de Europa, entre otras entidades, las cuales han promovido declaraciones y sancionaron legislaciones y protocolos relacionados con esta temática.³⁴⁰

En concordancia, creemos en el desarrollo humano sustentable o sostenible para armonizar la aparente dicotomía desarrollo versus problemas sociales y calidad de vida, con el objeto de poder hacer una contribución en miras de la buena salud para todos.

³³⁹ PREGNO, Elián, *El Derecho de la Salud*, 2010.

³⁴⁰ AIZENBERG, Marisa y ROITMAN, Adriel J., *Los derechos de los pacientes...*, 2009.

En este sentido, pensando el pasado y proyectando el porvenir, ponemos a consideración este aporte tendiente a realizar un análisis de la información que se debe brindar al paciente-consumidor en el mundo globalizado en que vivimos, a modo de aproximación a los impactos del nuevo código civil en el derecho del consumidor.

En un destacable e interesante trabajo Garrido Cordobera y Busto Lago se abocan al estudio de los diferentes daños con particular tratamiento de los riesgos de desarrollo relacionándolos con la nocividad que conlleva un producto que al tiempo de su inserción en el mercado era considerado inocuo aunque con los avances de las investigaciones científicas y tecnológicas posteriores se pone en evidencia su dañosidad.³⁴¹ Por tal motivo, con acierto sostiene Perez Bustamante que “el debate sobre los avances y desafíos que plantea al derecho a la salud y sus interrelaciones con otras disciplinas es impostergable. En síntesis, la sociedad avanza a una velocidad que el derecho necesita alcanzar con rapidez si deseamos habitar en un mundo con normas jurídicas vivas”.³⁴²

Sin embargo somos conscientes de los determinantes del derecho de la salud y del derecho del consumidor, es decir, de la relación de consumo y de la relación médico-paciente, ya que la política, la economía, la medicina, la alimentación, la vivienda, entre múltiples factores influyen y tienen relación directa sobre el objeto de estudio que motiva el presente aporte.

Hablemos claro, nuestra constitución es eminentemente kantiana dado que la idea de dignidad impregna toda la Carta Magna y, por ende, lo complejo radica en determinar el contenido de este principio de dignidad. Por esto, no es de extrañar que el Código Civil, haciendo eco de esto, regule expresamente la inviolabilidad de la persona humana y las afectaciones a la dignidad, en su artículo 51 y sges.

Es necesario, entonces, recordar que el derecho tiene la misión social de luchar permanentemente por un mundo más justo y equitativo en donde no se pierda y se valore

³⁴¹ GARRIDO CORDOBERA, Lidia y BUSTO LAGO, José Manuel, *Los riesgos de desarrollo en una visión comparada...*, 2010.

³⁴² PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, “La protección de la salud en el régimen tuitivo de derecho del consumo”... p. 172.

lo invisible y esencial de la persona, es decir, la dignidad de todo ser humano y, por ende, su humanidad.³⁴³

III. LA EDUCACIÓN EN MATERIA DE CONSUMO CONSTITUYE UN INSTRUMENTO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR FRENTE A LOS PRODUCTORES Y A LOS ESTADOS

El derecho a una educación para el consumo en un primer plano es un derecho humano con rango constitucional, dado que en su artículo 42 se reconoce que “*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno (...)*”. De esta forma, que la Constitución Nacional haya receptado este derecho relativo a los consumidores da a las claras la importancia que tiene para la conformación de una sociedad equilibrada y consciente. En consecuencia, los Estados en este concepto son los principales responsables de llevar adelante la educación al consumidor, como política de Estado, en miras de un consumidor informado, consciente y responsable. Como nos enseñara Alterini, “en este marco, la educación en general, y en particular la educación universitaria y el rol de las universidades públicas, constituyen ejes conceptuales básicos en la reformulación del contrato social de los argentinos”.³⁴⁴

Como bien nos recuerda Garrido Cordobera, siguiendo a Bidart Campos, lo prescripto por nuestra norma constitucional constituyen o son derechos plenamente operativos, invocables entre particulares y contra el Estado, en el caso de los consumidores, hay un expreso derecho a la información, a la salud, lo cual unido al derecho a no ser dañado que dimana del art 19 CN según lo ha dicho la Corte Suprema, da la base constitucional para considerar que frente al supuesto de daño causado debe mediar la correspondiente indemnización.

³⁴³ Como nos enseña Antoine de Saint-Exupéry en *El Principito*, un libro clásico de la literatura infantil: *sólo se puede ver bien con el corazón, lo esencial es invisible a los ojos*.

³⁴⁴ ALTERINI, Atilio, *La Universidad Pública en un proyecto de Nación*, 2006, p. 1.

Asimismo, es sabido que, además de la LDC, también se puede aplicar, a modo de complemento, el nuevo Código Civil en lo correspondiente a los principios rectores -que deben acompañar de manera plena y en todo momento, las transacciones en materia contractual, según las circunstancias del caso. Ahora bien, no es tarea sencilla y esto es lo que motiva el presente aporte, de cara al derecho que la doctrina y la jurisprudencia ira delimitando en los próximos años de vigencia del Código.

Pensemos por un instante la infinidad de supuestos que se presentan a diario en los establecimientos de salud de nuestro extenso y diverso país que involucran a consumidores vulnerables e incluso a pacientes y consumidores hipervulnerables, como por ejemplo un menor de edad con una capacidad especial que presenta una enfermedad poco frecuente (EPF).

Como es sabido, el derecho del consumidor es un derecho humano de tercera generación y la salud ha sido reconocida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. A a esta altura no caben dudas acerca de que la salud es un bien no sólo individual sino también colectivo que merece la protección de todos los Estados. Es aquí donde cobra importancia los planes de capacitación y fomento llevados adelante en aras de la concientización de la población sobre sus derechos como consumidores y usuarios de los servicios de salud, en sus diferentes subsistemas (privado, a través de las empresas de medicina prepaga; de la seguridad social, a través de las obras sociales; y de la salud pública).

IV. LA INFORMACIÓN ES UN PARAGUAS PROTECTOR Y UNA GARANTÍA DEL TRATO DIGNO Y EQUITATIVO QUE DEBE RECIBIR EL PACIENTE COMO CONSUMIDOR

La educación al consumidor debe orientarse a hacer conocer derechos y obligaciones como así también ciertas cuestiones relativas al consumo –y a los productos- para afrontar la adquisición de bienes y utilización de servicios, de manera sustentable. Es por eso que el derecho del consumidor tiene como una de sus finalidades, la del sentido protectorio, lo cual incorpora y acepta la debilidad jurídica del consumidor en contraposición al

proveedor, en el marco de la relación de consumo como eje del sistema. Es decir, la información -tanto como el propio conocimiento de sus derechos y obligaciones que provienen de una educación previa-, es el primer paraguas protector hacia el consumidor. Se puede observar así que el llamado consentimiento informado, además de ser el guardián de la autonomía de la voluntad³⁴⁵ es un derecho de los pacientes como consumidores y una garantía de aplicación del trato digno y no discriminatorio que debe primar en todos los momentos de la relación de consumo.

En concordancia, se trata de plantear “la autoprotección del consumidor: como la posibilidad del individuo de defenderse activamente, contando con conocimientos concretos sobre el funcionamiento del mercado y de sus derechos y responsabilidades”.³⁴⁶

Sucede entonces que desde el punto de vista del conocimiento, el paciente carece de las nociones técnico-científicas sobre su dolencia, los medios diagnósticos o terapéuticos a su alcance, los riesgos y beneficios, las alternativas disponibles y las consecuencias del no tratamiento. Esta brecha informativa alza vallas a la toma de una decisión conveniente y oportuna por lo que resultaba imperioso revertir la asimetría existente en la información a través de un proceso que permita la transmisión, de experto a profano —en palabras de Atilio Alterini—, de aquellos conocimientos necesarios que permitan al usuario de servicios de salud decidir que resulta apropiado para su cuerpo y conciencia.

Si bien el "paternalismo" se observa en el ejercicio de cualquier profesión liberal, se ha sostenido que es en el campo de la medicina donde tal conducta produce una mayor influencia.³⁴⁷

Es decir, el eje de la atención en salud está dado por el binomio médico-paciente, aunque con aserto, hoy se habla del trinomio médico-paciente-familia. Esta relación, antaño basada en el modelo paternalista, se encuentra en pleno proceso de adaptación al cambio de paradigma estatuido por la consagración, hoy legislativa, del principio de la autonomía de la voluntad, que se refleja en términos normativos en el derecho a la autodeterminación personal.³⁴⁸

³⁴⁵ BRODSKY, Jonathan M. y GARAVENTA, Carlos A., *El consentimiento informado...*, 2014, p. 139-156.

³⁴⁶ RUSCONI, Dante, *Manual de derecho del consumidor*, p. 526.

³⁴⁷ HIGHTON, Elena y WIERZBA, Sandra, *La relación médico-paciente...*, 1991, p. 183.

³⁴⁸ LORENZETTI, Ricardo, *El deber de información...*, p. 1001.

Al respecto, Llamas Pombo entiende que el alcance de la información debida al paciente es gradual, variable, en cada caso y dependen de diversos factores, capacidad de comprensión y cultura médica del paciente, deseos de información expresado por él, niveles de riesgo que entrañe el tratamiento, efectos colaterales que la información pueda provocar en el paciente, necesidad de tratamiento, etc.³⁴⁹

Como es sabido, la Constitución Nacional en su artículo 42 expresa que la información debe ser caracterizada como *adecuada y veraz*; la LDC sostiene que información debe ser *veraz, detallada, eficaz y suficiente* (Artículo 4); mientras que la LDP manifiesta en su artículo tercero que *a los efectos de la presente ley, entiéndase por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos* y en su artículo quinto, modificado por la Ley 26.742, expresa que *entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada (...)*. A esto se suma lo regulado en el Código Civil y Comercial que reglamenta que *el proveedor está obligado a suministrar información al, consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.* (Artículo 1100).

Ahora bien, recientemente vio la luz la Ley N° 27.250, promulgada el 8 de Junio del 2016, la cual modifica precisamente el artículo 4 de la Ley N° 24.240 y expresa que *el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma **cierta, clara y detallada** todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o*

³⁴⁹ LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico...*, p. 60.

usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición. (el resaltado es propio).

Se observa, pues, que no es una tarea sencilla determinar las características que debe reunir la información que se debe brindar al paciente-consumidor. Pensemos, por ejemplo, sólo en el ámbito de la salud mental o en las técnicas de reproducción humana asistida o en la medicina prepaga o en los estudios de diagnóstico por imágenes o en las nuevas tecnologías aplicadas a la medicina o en la publicidad de servicios de salud y en seguida vamos a encontrar más de una situación en donde el lector/a podrá advertir que no resulta tan simple determinar a priori los requisitos que debe reunir el acto médico, las obligaciones de la relación médico-paciente o contar con un adecuado consentimiento informado, siendo en definitiva las circunstancias de persona, tiempo y lugar que deberá valorar el juez en cada caso, tomando como criterio los principios rectores.

De esta manera destacamos la idea del Consentimiento Informado Humanizado que bien propicia Bello Janeiro cuando sostiene que "al fin y al cabo, lo único que debe pedirse a un profesional es que informe al paciente como le gustaría que se lo dijiesen a él si fuere el enfermo: con delicadeza, claridad y seriedad, al margen de estadísticas o probabilidades y considerando el nivel de aprensión o encaje de sus afirmaciones según la edad, fortaleza y estado emocional del paciente, siempre angustiado para curarse".³⁵⁰

No es de extrañar, por lo tanto, que el Código Civil y Comercial recepte de manera expresa como derecho de los consumidores y pacientes el trato digno, en el artículo 1097, y el trato equitativo y no discriminatorio, en el artículo 1098, antes de introducirse en los alcances que debe otorgarse al deber de información (artículo 1100 y siguientes), lo cual veremos en breve, ya que una afectación al deber de información podría implicar un abuso de confianza, estar en presencia de una clausula y/o de una práctica abusiva, un menoscabo al paciente, una afectación a su dignidad como persona, etc.

Entendemos que no puede abordarse el presente tema objeto de este aporte desde una concepción binómica o dual del derecho del consumidor y/o del derecho de la salud, ya que estamos en presencia de una problemática de la humanidad y, por ende, debemos contar con un enfoque interdisciplinario y tridimensional.

³⁵⁰ BELLO JANEIRO, Domingo, *El consentimiento informado 'humanizado' frena las reclamaciones*, España, 2015.

V. EL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN DE LA PERSONA, EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD, EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN, EL PRINCIPIO DE DISCRIMINACIÓN Y EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD SE SUMAN AL PRINCIPIO PROTECTORIO EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR DEL SIGLO XXI

Hemos visto que la información que debe brindarse a los pacientes refleja una temática que apasiona y en este sentido general que es de nuestra intención otorgar en este trabajo, no podemos dejar de realizar algunas reflexiones sobre los principios rectores que a nuestro entender tienen plena validez para el derecho que se está gestando en este siglo XXI, con especial referencia a la reparación plena y a la prevención adecuada, en el marco de las perspectivas de un Derecho deseable y de un Derecho posible.

Por esto, coincidimos que “la globalización, los avances tecnológicos y los cambios en las reglas y estructuras sociales han generado una serie de problemáticas a las cuales el derecho no puede ser ajeno, y sus principios, aún vigentes, pueden y deben dar respuestas”.³⁵¹

En concordancia, podemos decir que “los principios generales del derecho, son presupuestos políticos y jurídicos que determinan la existencia funcional de un ordenamiento jurídico; aquellos que fundan la legislación”.³⁵²

Es sabido que entre las notas características de la *aldea global*, en la que convivimos, en el contexto de una incesante globalización con sus beneficios y sus peligros, en el marco de un mundo cada día más internacionalizado, en esta era de la posmodernidad como algunos gustan llamar, apreciamos una notable expansión de las relaciones a distancia, virtuales, producto de las nuevas vías de comunicación, y de la facilidad en el intercambio de la información que favorecen la celebración de negocios y la realización de todo tipo de actividades, más allá de las fronteras territoriales, estatales.³⁵³ Al respecto señala Lorenzetti

³⁵¹ RODRÍGUEZ PONS, Leandro y otros, *La responsabilidad de los padres...*, 2011.

³⁵² LÓPEZ, Eliana Y ONOCKO, Daniel, *El Principio Protectorio como Principio rector del Derecho Contemporáneo...*, 2011.

³⁵³ SCOTTI, Luciana, *Vigencia del derecho internacional privado...*, 2010.

que “el fenómeno de la globalización impone también una progresiva standarización jurídica internacional, entre cuyos componentes se encuentra el Derecho del Consumo”.³⁵⁴

Principio protectorio.

En este desarrollo, el principio protectorio como es sabido es uno de pilares del derecho del consumidor de nuestro tiempo que se concreta a través de tres postulados básicos: postulado *In dubio pro consumidor*, postulado de aplicación de la normativa más favorable al consumidor y el postulado de la condición más favorable o beneficiosa. A esto se suma, la preferencia expresa que establece ahora el nuevo Código Civil y Comercial a través del artículo 14 disponiendo que no se puedan amparar derechos individuales cuando estemos en presencia de una posible afectación al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva.

Principio de autonomía.

Luego de una larga lucha recorrida hoy se habla de la autodeterminación de la persona humana y en este camino tenemos que mencionar que el Código Civil enfatiza este principio de autonomía de la voluntad. Se trata del respeto al género humano por su sola condición de ser persona, de permitir una esfera de intimidad y privacidad garantizada por el artículo 19 de la Constitución Nacional y por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como bien expresa la mal llamada “Ley de Muerte Digna” 26.742 de Mayo de 2012 *el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.* Como vemos, el principio de bioética es un principio que además de ser de bioética, atraviesa el Código Civil. De esta forma, son condiciones para que decisión sea autónoma: la intencionalidad, el conocimiento, la ausencia de un control externo y la autenticidad. Una discusión aun no superada es la crítica de que este principio de autonomía está más pensado para países desarrollados que para países en vías de desarrollo, atento a que resulta evidente la relación que existe entre el derecho a la información y lo que se ha dado en llamar la

³⁵⁴ LORENZETTI, Ricardo, *La relación de consumo...*, 1997, p.9

autodeterminación informativa de los consumidores y usuarios.³⁵⁵ No podemos dejar de mencionar aquí el histórico fallo Bahamondez en donde se realizó una sólida defensa a favor del respeto de las libertades individuales de las personas.³⁵⁶

Principio de progresividad.

Los consumidores se enfrentan a diario a las asimetrías propias de la relación de consumo a las cuales se le suman las desigualdades de la relación médico-paciente, ya que el paradigma de igualdad real y no discriminación consagrado en la Constitución Nacional, en el Código Civil y en diversos instrumentos internacionales a veces se ve afectado por las múltiples tensiones, límites, abusos y desequilibrios de la práctica de consumo y médica. Por tal motivo, coincidimos en que es necesario enfatizar la trascendencia de este principio de progresividad, de cara a la Argentina que nos merecemos.

En concordancia, este principio se encuentra reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, Artículo 2.1) en donde se sostiene que *cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr **progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.* (el resaltado es propio).

A esto hay que sumar que nuestra Constitución Nacional se ha ocupado del asunto en el artículo 75, inciso 23 referido a las atribuciones del Congreso en donde expresa que corresponde *legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la **igualdad real de oportunidades y de trato**, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de*

³⁵⁵ Al respecto de la autodeterminación informativa ver los aportes de la investigadora Johanna Faliero, en esta misma obra.

³⁵⁶ CSJN, “Bahamondez, Marcelo s. medida cautelar”, 1993.

enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia. (el resultado es propio).

Principio de no regresión

Seguendo a Garrido, se señala que la no regresividad puede adoptar dos versiones: ser de resultado, referenciado así a las políticas públicas, lo que necesariamente implicará la existencia de indicadores o marcadores empíricos de resultado y la regresividad normativa cuando el dictado de una norma posterior suprima, limita o restrinja derechos concedidos anteriormente.³⁵⁷

Este principio presenta una directa relación con la idea de sustentabilidad y asimismo nos lleva a poner en cuestionamiento la concepción progresiva de la evolución humana.

Principio de no discriminación

Con relación al principio de no discriminación coincidimos con Barocelli, en que aquí hay que tener en cuenta que la norma antidiscriminatoria desempeña una función preventiva, cesatoria y reparatoria, consistiendo la discriminación en todo acto u omisión por el cual, sin ningún motivo o causa que sea racionalmente justificable estamos en presencia de un trato diferenciado que produce un perjuicio en la esfera de los derechos o forma de vida.³⁵⁸

Asimismo, si nos referimos a las relaciones, diálogos y avances que se presentan entre la ley del consumidor, de la ley de derecho de los pacientes y el Código Civil no podemos dejar de tener en miras a la igualdad real de oportunidades y a la efectiva tutela de la persona humana y esto hoy se visibiliza a través de la consagración que debe imperar en los ejes del derecho del consumidor y del derecho de la salud, es decir, en la relación del consumidor y en la relación médico-paciente del trato digno y equitativo. Al respecto la ley de derechos del paciente se expresa en referencia al *trato digno y respetuoso* sosteniendo que *el paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le*

³⁵⁷ GARRIDO CORDOBERA, Lidia, *Aplicación de los principios de no regresión...*, 2014.

³⁵⁸ BAROCELLI, Sergio S., *Incumplimiento del trato digno...*, 2013.

otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes. (el resaltado es propio).

Y sobre este mismo asunto de trato digno y prácticas abusivas la ley del consumidor sostiene que *los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice.* (el resaltado es propio).

Como adelantamos, no hay que extrañarse del expreso reconocimiento de este principio de no discriminación en el Código Civil, en sus artículos 1097 (trato digno) y 1098 (trato equitativo y no discriminatorio), en donde se afirma que *los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias y que los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores.* (el resaltado es propio).

Por esto, tenemos que estar preparados para el debate que se viene en nuestro país sobre la necesidad de contar con una legislación actual y plural concreta para sancionar, prevenir y erradicar los actos discriminatorios hacia los pacientes en su rol de consumidores.³⁵⁹

³⁵⁹ Al respecto ver: BAROCELLI, S. Sebastián, *Incumplimiento del trato digno...*, op. cit.

Principio de dignidad

Desde hace varias décadas, la clásica responsabilidad civil en general y el moderno derecho de daños en particular –como venimos sosteniendo, no sólo en esta ocasión- son objeto de diversas y permanentes investigaciones científicas y tecnológicas, ya sea de manera disciplinaria o transdisciplinarias, desde diferentes ámbitos jurídicos y sociales. Es imperiosa aquí una cosmovisión que, centrada en el hombre, le restituya su supremacía y ponga a los logros científicos y técnicos al servicio de la sociedad. Es devolverle la dignidad, de ser el núcleo y no un mero dato estadístico o un instrumento económico.³⁶⁰

Principio Pro Homine

Aquí es entonces donde toma relevancia el principio “pro homine”, entendiéndolo como un principio que pone por encima de todas las cosas al ser humano. Tal principio eleva de tal forma al hombre que cuando éste se encuentra en una situación pasible y se pongan en juego interpretaciones que pueden impactar sobre sus derechos y sus garantías, donde puede violarse su rasgo fundamental como ser humano, debe elegirse por aquel camino que preserve su individualidad y la esencia misma como tal, lo cual es un criterio propio de la disciplina de los Derechos Humanos que hoy se vuelve constitutiva del derecho de fondo.³⁶¹

En este sentido, bien señala Ciuro Caldani, que un régimen humanista del daño y la reparación debe respetar por una parte la unicidad pero por otro lado atender a la igualdad y a la comunidad respetando las perspectivas individuales y sociales para poder atender a todos los aspectos de la complejidad de la personalidad.³⁶²

De esta forma, una prevención adecuada y una reparación plena serían principios que se suman a los ya mencionados, como reflejo del *Principio Pro Homine*, restableciendo el valor supremo de la persona humana, en su protección, desarrollo y plenitud. En similitud hay que tener presente el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos

³⁶⁰ TESTA, Martín, *El Principio de Prevención...*, 2011.

³⁶¹ MILLÁN, Fernando, *Crónica de una inconstitucionalidad anunciada...*, 2011.

³⁶² CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Comprensión axiológica del daño...*, 1993.

que establece una interpretación amplia y evolutiva de las libertades humanas y restrictivas de las limitaciones arbitrarias.

Como nos enseña Garrido, “Monica Pinto se refiere al mismo principio como criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e inversamente a la norma e interpretación mas restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”³⁶³

VI. A MODO DE COLOFÓN

La información es un derecho de los pacientes en su rol de consumidores que presenta una directa relación con la aplicación de los principios rectores del derecho del consumidor en este Siglo XXI, entre los que hemos visto el principio de no discriminación seria el criterio a tener en cuenta con el objeto de tratar a los pacientes con la dignidad que les reconoce la normativa protectoria en la materia y que les corresponde por su sola condición de persona, de cara a la Argentina digna, pluralista y saludable que todos nos merecemos. No se nos escapa lo importante que es tanto educar como no discriminar, para poder contar con un consentimiento informado humanizado, ya que el mundo actual demanda un cambio de mentalidad acorde a nuestros tiempos, debiendo sumar para ello mayor concientización y sensibilización, tan necesarias en estos tiempos.

El paciente en su rol de consumidor es especialmente atrayente, pues se moviliza en un ámbito básico de las necesidades humanas como es la salud y requiere en este contexto, más que en ningún otro, la mayor protección y educación posible, debiendo en cada caso el juez determinar a su sana critica los caracteres del deber de información a través del dialogo de las fuentes y teniendo en cuenta los principios rectores del derecho del consumidor.

³⁶³ PINTO, Mónica, “El principio pro homine, criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de derechos humanos” en ABREGÚ y COURTIS (Comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*, Ed. Del Puerto, 1997. Citado en: GARRIDO CORDOBERA, Lidia, *Aplicación de los principios de no regresión...*, 2014, p 4.

Para culminar, hacemos propias las palabras de Garrido y “como nos gusta decir, hay que aprender del pasado, del pretor romano, y recordar las luchas que el hombre sostuvo para consolidar sus derechos, pensando que la búsqueda de lo justo nos acompañara siempre y que si bien la Justicia no es una diosa, sí es el alma de la toga que elegimos vestir y tratar de realizar”.³⁶⁴

BIBLIOGRAFÍA

AIZENBERG, Marisa (Dir.), *Estudios acerca del derecho de la salud*, Buenos Aires, La Ley, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2014.

_____, y ROITMAN, Adriel J., “Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional”, Buenos Aires, Suplemento La Ley, 29 de Diciembre de 2009, disponible en <http://doctrina2.derechode-lasalud.com.ar/2009/12/los-derechos-de-los-pacientes-y-su.html>. [consulta: febrero de 2016]

ALTERINI, Atilio, *La Universidad Pública en un proyecto de Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

_____, y NICOLAU, Noemi (Dir.), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Buenos Aires, La Ley, 2005.

_____, *Contornos actuales de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1987.

BAUMAN, Zygmunt, *Vida de consumo*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.

BAROCELLI, Sergio Sebastián, “El Derecho del Consumidor y el nuevo código civil y comercial”, en KRIEGER, Walter y BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, El Derecho, 2016.

³⁶⁴ GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., *Virtualidades de la salud...*, 2011.

_____, “El concepto de consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, 2015, <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/08/El-concepto-de-consumidor-en-el-nuevo-CCyC-por-Barocelli1.pdf> [consulta: marzo de 2016]

_____, “Incumplimiento del trato digno y equitativo a consumidores hipervulnerables y daños punitivos: la Suprema Corte de Buenos Aires confirma su procedencia”, Buenos Aires, La Ley, DJ29/05/2013, 2013.

_____, “El valor tiempo como menoscabo a ser reparado al consumidor. Su cuantificación” en GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. (Dir.), *Revista Jurídica de Daños*, Buenos Aires, IJ Editores, Nro 6, 2013, <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=65871&print=2> [consulta: marzo de 2016]

_____, y TESTA, Martín A., “Los derechos humanos de las comunidades originarias en la sociedad de consumo”, *III Jornadas de Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales*, Comisión de Derechos Humanos y Políticas Públicas, Buenos Aires, Instituto Gioja (Facultad de Derecho UBA, Ciudad de Buenos Aires, 3, 4 y 5 de Octubre de 2012).

BELLO JANEIRO, Domingo, “El consentimiento informado ‘humanizado’ frena las reclamaciones”, España, 2015, en Martínez Platel, Ricardo (Entrev.), *Redacción Médica*, disponible en línea: <http://www.redaccionmedica.com/noticia/el-consentimiento-informado-humanizado-frena-las-demandas-89645> [consulta: marzo de 2016].

BIDART CAMPOS, German J., *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1998.

BRODSKY, Jonathan M. y GARAVENTA, Carlos A., “El consentimiento informado: guardián de la autonomía de la voluntad en el bioderecho” en AIZENBERG, Marisa (Dir.), *Estudios acerca del derecho de la salud*, Buenos Aires, La Ley, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2014.

CAIVANO, Roque y otros, *Negociación y Mediación. Instrumentos apropiados para la abogacía moderna*, Buenos Aires, AD-HOC, 2006.

CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Los Daños Punitivos en Argentina*, Buenos Aires, Errepar, 2009.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Comprensión axiológica del daño y la reparación*, en *Derecho de Daños*, T. 2, Buenos Aires, La Rocca, 1993.

CORDOBA, MARCOS (Dir), *Tratado de la buena fe en el derecho*, Tomos I y II, Buenos Aires, La Ley, 2004.

CRUCES, Ariel G., Ponencia presentada ante las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil, Comisión de Estudiantes: Los principios del derecho privado en el siglo XXI, “La moderna pero humana Autonomía de la voluntad”, San Miguel de Tucumán, 2011, disponible en: <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2011/C14/C14-010.pdf> y en <http://derechoportal.blogspot.com/2011/11/la-moderna-pero-humana-autonomia-de-la.html> [Acceso: Marzo de 2013].

FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara (Dir.), *Contratación Electrónica Internacional. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado*, Málaga, Universidad de Málaga, 2008.

GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “Los derechos e intereses de incidencia colectiva y los daños en el Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, La Ley, 2015.

_____, “*Aplicación de los Principios de No regresión, solidaridad y Pro Homine*,” Buenos Aires, La Ley, 12 diciembre 2014

_____, “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad por productos”, en GARRIDO CORDOBERA L. (Dir.), *Revista Jurídica de Daños*, Buenos Aires, IJ Editores, Marzo, 2012, <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=48819&print=2> [consulta: marzo de 2016]

_____, “El desafío ambiental del SXXI: la aplicación de los principios de no regresión, de solidaridad y pro homine”, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, [en línea] <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/el->

desafio-ambiental-del-siglo-xxi.-la-aplicacion-de-los-principios-de-no-regresion-de-solidaridad-y-pro-homine

_____, “Virtualidades de la salud como derecho humano”, en REGAZZONI, Carlos (Dir.), *Salud y Conciencia Pública*, Seminario de investigación sobre La Problemática de los Daños en la Sociedad Actual, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Buenos Aires, Fundación Sanatorio Güemes, 2011.

_____, “Reflexiones sobre la responsabilidad civil y el derecho de daños”, en ORTIZ, Tulio (Coord.), *El Bicentenario de la Revolución de Mayo*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2010.

_____, y BUSTO LAGO J, *Los riesgos del desarrollo en una visión comparada derecho argentino y derecho español*, Madrid, REUS, 2010.

_____, *Los daños colectivos: prospectiva general*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2009.

_____, y KUNZ, Ana (Dir.), “Cuestiones ambientales”, Seminario problemática de los daños en la sociedad actual, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” y Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho UBA, La Ley, 2009.

_____, “La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo” en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Responsabilidad Civil*, Libro Homenaje a Francois Chabas, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2007.

_____, “Los Daños en la Sociedad Actual”, en ALTERINI, Atilio y NICOLAU, Noemi (Dir.), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Buenos Aires, La Ley, 2005.

_____, *Los daños colectivos y su reparación*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1992.

_____, “La reparación de daños colectivos: daños con motivo de encuentros futbolísticos”, *Cuadernos de Investigación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y sociales

“Ambrosio L. Gioja”, 1988, [en línea] ,http://www.derecho.uba.ar/investigacion/Cuadernos_de_Investigacion3.pdf [consulta: marzo de 2016]

GHERSI, Carlos A., “¿Consentimiento Informado? La influencia del contexto y la elocuencia de los hechos en el paciente”, Buenos Aires, El Dial.com, 2015.

_____, y WEINGARTEN, Celia, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Defensa del Consumidor*, La Ley, 2011.

_____, Teoría general de la reparación de daños, Buenos Aires, Astrea, 1999.

GOLDEMBERG, Isidoro, “Ponencia a las XII Jornadas de Derecho Civil”, Bariloche, 1989.

HIGHTON, Elena y WIERZBA, Sandra, La relación médico-paciente: el consentimiento informado, Buenos Aires, Ad-hoc, 1991.

JURIO, Mirta L. y PARRA, Ricardo A., “El concepto de Contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP, 2015.

KLUGER, Viviana (Comp.), *Análisis económico del derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 2006.

KRIEGER, Walter y BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, El Derecho, 2016.

LÓPEZ, Eliana y ONOCKO, Daniel, Ponencia presentada ante las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil (Tucumán, 2011), Comisión de Estudiantes: Los principios del derecho privado en el siglo XXI, “El Principio Protectorio como Principio rector del Derecho Contemporáneo, su aplicación al Derecho del Consumidor”, San Miguel de Tucumán, 2011, disponible en: <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2011/C14/C14-005.pdf> [Acceso: Marzo de 2013].

LORENZETTI, Ricardo, "La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del MERCOSUR" en *Revista de Derecho do Consumidor*, San Pablo, 1997.

_____, "El deber de información y su influencia en las relaciones jurídicas", Buenos Aires, LA LEY, 1990-B.

LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico*, Ed. Trivium, Madrid, 1988, p. 60, citado en TALLONE, Federico C., *El Consentimiento informado en el Derecho Medico*, Año LXVI, N° 165, Buenos Aires, La Ley, 2002.

MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ G. (2005), "La internalización, la integración y la globalización de los derechos personalísimos" en ALTERINI ATILIO A. y NICOLAU NOEMÍ L. (Dir.), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Buenos Aires, La Ley, 2005.

MILLÁN F. (2011), "Crónica de una inconstitucionalidad anunciada. Preferencia del apellido en la ley 26.618", MJ-DOC-5415-AR, MJD5415, 30/06/2011, disponible en <http://millanfernando.blogspot.com/2011/07/cronica-de-una-inconstitucionalidad.html>, [consulta: marzo de 2016]

ORTIZ, Tulio, "Pero, qué es la globalización?", *elDial.com*, Buenos Aires, Albremática, 30/05/2007.

ORTIZ, Tulio, (coord.), *El Bicentenario de la Revolución de Mayo*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2010.

PADILLA R., "Un cambio de mentalidad: negociación y solución de conflictos", *La Nación*, 14/7/1993.

PARRA, Ricardo A., "La insuficiencia en la reparación. La teoría clásica de la responsabilidad. Una visión crítica y rupturista en la reparación del daño transfusional por contaminación de H.I.V. en el periodo ventana", en *Iuris Revista de Derecho Privado*, Año II, Nro 2, Buenos Aires, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, 2014.

PEREZ BUSTAMANTE, Laura, *Derechos del Consumidor*, Buenos Aires, Astrea, 2004.

PINTO, Mónica, “Entrevista a Mónica Pinto”, Revista Lecciones y Ensayos, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires, 2007, 83, p. 209 y sts., [en línea] <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/83/entrevista-a-la-doctora-monica-pinto.pdf> [Acceso: marzo de 2016].

_____, “El principio pro homine, criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de derechos humanos” en ABREGÚ y COURTIS (Comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*, Ed. Del Puerto, 1997.

PIZARRO, Ramón, *Responsabilidad por riesgo creado y de empresa*, Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2006.

PREGNO, Elián, “El Derecho de la Salud”, Curso del Ciclo Profesional Orientado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, <http://www.elderechodelasalud.com.ar/index.html>, [consulta: marzo de 2016].

RODRÍGUEZ PONS, Leandro y otros, ponencia presentada ante las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil (Tucumán, 2011), Comisión de Estudiantes: Los principios del derecho privado en el siglo XXI, “La responsabilidad de los padres por la transmisión y/o generación de enfermedades prenatales a sus hijos a la luz del principio del Alterum Non Laedere”, San Miguel de Tucumán, 2011, disponible en: <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2/> [Acceso: Marzo de 2012].

RUSCONI, Dante, *Manual de derecho del consumidor*, Buenos Aires, ed. Abeledo Perrot, 2009.

SCOTTI, Luciana, “La protección del consumidor en los contratos internacionales de consumo celebrados por medios electrónicos”, en FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara (Dir.), *Contratación Electrónica Internacional. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado*, Málaga, Universidad de Málaga, 2008.

_____, “Vigencia del derecho internacional privado: viejos y nuevos escenarios”, en ORTIZ, Tulio (coord.), *El Bicentenario de la Revolución de Mayo*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2010.

TESTA, Martín A. y CRUCES Ariel G., “La educación para el consumo. Una visión sobre el consumidor alimentario”, Buenos Aires, *Revista Electrónica del Instituto Gioja*, Buenos Aires, 2014

_____, Ponencia presentada ante las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil, “Comisión de Estudiantes: Los principios del derecho privado en el siglo XXI”, *El Principio de Prevención y el Derecho de Daños Colectivos, en el siglo XXI*, San Miguel de Tucumán, 2011, disponible en: <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2011/C14/C14-004.pdf> [consulta: marzo de 2016]

_____, “La privacidad de la historia clínica. Pensando el pasado y proyectando el futuro: Una Argentina digna y saludable”, en IX Concurso de Ensayos Ignacio Winizky de Derecho Civil, *Revista Lecciones y Ensayos*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho – UBA, 2012, disponible en: <http://es.scribd.com/doc/124824914/La-privacidad-de-la-historia-clinica-Pensando-el-pasado-y-proyectando-el-futuro-Una-Argentina-digna-y-saludable> [consulta: marzo de 2016]

TOMILLO URBINA, Jorge y CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín (Dirs.), *La protección jurídica del Paciente como Consumidor*, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Aranzadi, España, 2010.

EL GÉNERO Y SUS EFECTOS EN EL CONSUMO.-

POR TAMARA ESCUDERO Y DIEGO ORTIZ

I. INTRODUCCIÓN

La violencia de género es un fenómeno enmarcado en una sociedad que encuentra sus bases en el patriarcado y en la idea de dominación o superioridad de un género sobre otro. Esta idea de desigualdad genérica subyace en todos los ámbitos (educativo, económico, cultural, salud) y en todas las disciplinas (economía, sociología, antropología, trabajo social, medicina y derecho).

Dentro de la disciplina del derecho, diversas normas han acentuado la idea de subordinación de la mujer al hombre. El Código de Vélez Sarsfield tenía como antecedente el Código Napoleónico que contenía la cláusula de obediencia marital de la mujer y sus hijos. En nuestro derecho, la mujer casada era considerada incapaz. Diversas reformas como leyes especiales han tratado de colocar a la mujer en pie de igualdad con el hombre.

La cuestión de género puede ser tratada desde varias ramas del derecho como el derecho de familia, derecho constitucional, derecho penal, derecho procesal, y derecho del consumidor. Dentro del derecho del consumidor, uno de los temas relevantes es el de la publicidad. La misma es un medio para difundir un bien o un servicio. Se trata de captar consumidores que puedan comprar el producto o recibir el servicio. Los recursos para captar la atención de los consumidores pueden ser varios: el humor, la complicitad, la identificación con los personajes, distintos recursos psicológicos y sociológicos, etc.

Con respecto a la identificación de los personajes, detrás de los creadores de las agencias de publicidad hay un ideario de lo que significa para ellos ser hombre y ser mujer.

La idea básica del proyecto es plantear cómo generalmente influye la publicidad en los distintos medios de comunicación (televisión, radio, medios gráficos), acentúa la desigualdad genérica, promueve patrones estereotipados y genera situaciones de violencia

simbólica. Asimismo plantear el marco normativo nacional e internacional existente y cómo esto impacta en el código civil y comercial.

Como último punto de la presente investigación, aportar una serie de soluciones que permitan un abordaje integral de la temática.

II. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

a) Los instrumentos internacionales

La Reforma de la Constitución Nacional del año 1994 incorporó algunos TIDH por vía del art 75 inc 22. Entre dichos instrumentos se encuentra la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)³⁶⁵. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 21 de la CEDAW, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer puede hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes.

La Recomendación General Nro. 19 plantea que las actitudes tradicionales, según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia, entre otras cosas. Estas actitudes también contribuyen a la difusión de la pornografía y a la representación y otro tipo de explotación comercial de la mujer como objeto sexual, antes que como persona. A la luz de las observaciones anteriores, el Comité nombrado recomienda que: d) Se adopten medidas eficaces para garantizar que los medios de comunicación respeten a la mujer y promuevan a su respeto. e) En los informes los Estados individualicen la índole y el alcance de las actitudes, costumbres y prácticas que perpetúan la violencia contra la mujer, y el tipo de violencia.

³⁶⁵ Aprobada el 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas. Entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países.

La Recomendación general nro. 28 de la CEDAW, plantea el lugar que la mujer o el hombre ocupan en la sociedad depende de factores, políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales³⁶⁶.

La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, logró producir la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing³⁶⁷. Dicha Plataforma formuló amplios compromisos en 12 esferas de especial preocupación. Una de las esferas es la mujer y los medios de difusión. Ahí se plantea que hay que suprimir la proyección constante de imágenes negativas y degradantes de la mujer en los medios de comunicación, sean electrónicos, impresos, visuales o sonoros. Asimismo la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer (Convención Belem do Para)³⁶⁸ plantea en el artículo 6 que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros, el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación (inc. b).

Entre los deberes del Estado, el artículo 7 menciona el de incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso. El art 8 expresa que los Estados convienen en adoptar en forma progresiva, programa para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer (inc. b). Asimismo alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer (inc. g).

³⁶⁶ Comité de la CEDAW, *Recomendación general nro. 28 sobre las obligaciones fundamentales de los Estados parte conforme el art 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer*, 16 de diciembre del año 2010, párrafo 5.

³⁶⁷ La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing) produjo la Plataforma del 4 al 15 de septiembre de 1995

³⁶⁸ Sancionada el 9/06/94. Sancionada en Argentina el 13/03/96

Otro de los instrumentos a tener en cuenta es Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad³⁶⁹. Las mismas se refieren al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento. La regla 3 incluye como personas en condición de vulnerabilidad aquellas que por razón de género tienen dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico y la regla 4 incorpora como causa de vulnerabilidad al género. La regla 17 expresa que la discriminación que sufre la mujer en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad. Se entiende por discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera (regla 18).

III. MARCO NORMATIVO NACIONAL

a). Evolución histórica de la normativa

Se necesitó de una evolución legislativa de manera progresiva que diera una apertura jurídica a la situación de la mujer para gozar de sus derechos en el mismo plano de igualdad que el hombre.

Desde la vigencia del Código de Vélez de 1871, la mujer soltera mayor de edad fue considerada plenamente capaz. Una vez casada era considerada incapaz relativa de derecho. El motivo fundamental era considerar que en el hogar no puede haber dos autoridades iguales y que en aras al interés familiar, la mujer debía obedecer al marido, quien era su representante legal³⁷⁰.

La Ley de Matrimonio Civil 2393 mantuvo la incapacidad de la mujer casada, pero aclaró la capacidad de la divorciada, es decir de la separada personalmente. Recién la Reforma

³⁶⁹ XIV Cumbre Judicial Iberoamericana,

³⁷⁰ Medina, Graciela, “*Situación de la mujer en el Proyecto del Código Civil de 1998*”, JA 2000-I-949

del Código Civil con la sanción de la ley 17.711 de 1968, significó la derogación expresa de la incapacidad de la mujer.

En el año 1985, fue sancionada la ley 23264 que equilibró la situación de la mujer en diferentes aspectos como el ejercicio de la patria potestad, que con anterioridad correspondía al padre, la elección del nombre de los hijos que era una atribución paterna, etc. En el año 1987 se sancionó la nueva Ley de Matrimonio Civil 23515, que suprime el viejo resabio de autoridad marital que facultaba al marido de elegir el domicilio conyugal (art. 90), ha eliminado la obligación de la mujer de usar el apellido de su marido precedido de la partícula "de", quedando ello como meramente facultativo, los cónyuges pueden elegir el nombre de sus hijos, tienen el ejercicio de la patria potestad compartido, etc.

b) El panorama actual

b)1. *Leyes de carácter general*

Existen diversas leyes que lindan con la violencia de género en los medios de comunicación como la ley 23592³⁷¹ que considera como discriminación los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como el sexo (art 1) y no el género que son cuestiones distintas, una apunta al concepto biológico y la otra al cultural, es decir a los roles o caracteres que le atribuye los integrantes de la sociedad.

La ley 26522 de Servicios de Comunicación audiovisual, tiene como objeto la regulación de estos servicios en toda la República Argentina. En el Apartado 9 denominado, Medios de Comunicación, se plantea como objetivos el de promover una imagen equilibrada y variada de las mujeres y los hombres en los medios de comunicación (inc e.). En el art 3, se establecen como objetivos la defensa de la persona humana y el respeto a los derechos personalísimos (inc d); la participación de los medios de comunicación como formadores de sujetos, de actores sociales y de diferentes modos de comprensión de la vida y del mundo, con pluralidad de puntos de vista y debate pleno de las ideas⁵; (inc i), promover la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombres y mujeres, y el tratamiento plural,

³⁷¹ Sancionada el 03/08/88, Promulgada el 23/08/88

igualitario y no estereotipado, evitando toda discriminación por género u orientación sexual (inc. m).

El art 4 da una serie de definiciones, entre ellas se considera publicidad toda forma de mensaje que se emite en un servicio de comunicación audiovisual a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción, por parte de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con una actividad comercial industrial, artesanal o profesional con objeto de promocionar, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes, inmuebles, derechos y obligaciones. El art 81 plantea que los licenciatarios o autorizados podrán emitir publicidad siempre que los avisos no importaran discriminaciones de raza, etnia, género, orientación sexual, ideológicos, socio-económicos o nacionalidad, entre otros.

El artículo 103 postula una serie de sanciones por el incumplimiento de las obligaciones establecidas: a) Llamado de atención; b) Apercibimiento; c) Multa del cero coma uno por ciento (0,1%) al diez por ciento (10%) de la facturación de publicidad obtenida en el mes anterior a la comisión del hecho pasible de sanción. El instrumento mediante el cual se determine la multa tendrá el carácter de título ejecutivo; d) Suspensión de publicidad; e) Caducidad de la licencia o registro.

La ley 26743 de Identidad de Género (LIG)³⁷², representó un enorme avance para toda la sociedad en materia de reconocimiento de derechos de minorías y en pos de la construcción hacia una sociedad plural y diversa, respetuosa del desarrollo del ser humano en toda su plenitud. Si bien aún existen grandes desigualdades en cuanto a trato y oportunidades, la ley representa una fuerte herramienta en virtud de la reivindicación del derecho a la identidad de género autopercebida.

Entre los principales lineamientos de esta norma, se encuentra el hecho de que permite que las personas travestis, transexuales y transgeneros sean inscriptas en todos sus documentos personales con nombre y sexo a elección, de acuerdo con su autopercepción. Por otra parte, plantea que los tratamientos médicos de adecuación de género serán incluidos en el PMO (Programa médico obligatorio) lo cual garantiza la cobertura de estas prácticas en todo el sistema de salud, tanto público como privado: acceso a operaciones quirúrgicas

³⁷² Sancionada: 09/05/12

totales o parciales, así como tratamientos hormonales; la ley detalla de manera enunciativa las cirugías de adecuación a la identidad de género, como así también los tratamientos hormonales que tengan por finalidad que la imagen de la persona se adecúe al género autopercebido. Para que dichos procedimientos sean llevados a cabo, no se requiere autorización administrativa ni judicial, solamente la simple prueba de la mayoría de edad. En los casos de niños trans, se requiere la autorización de sus representantes legales y la expresa conformidad del menor, de acuerdo a los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño, es decir, de acuerdo a su edad y madurez y siempre siendo debidamente escuchado.

El Artículo 2º de la LIG habla de lo que se entiende por “identidad de género”, haciendo referencia principalmente a la autopercepción. Y aquí es importante tener en cuenta cómo está conformado el sexo de una persona: el cromosómico o genético, el gonádico, condicionado por el anterior y representado por los ovarios y los testículos, el morfológico o genital externo, representado por la vagina y el pene, que es el que autoriza la asignación registral del sexo al momento del nacimiento, el anatómico, que es el conjunto de características físicas secundarias (vellosidad, registro de voz, etc.) y el psicológico, que es consecuencia de vivencias personales, contexto social, producto del fuero interno de cada persona.³⁷³

Si bien en muchos casos la identidad de género coincide con el sexo morfológico con el que la persona fue inscripta al momento de su nacimiento, esto no siempre es así. El derecho a la identidad de género es un derecho inherente a todas las personas, pero que durante muchísimo tiempo, y aún hoy (más allá del enorme paso que implica la ley) ese derecho es vulnerado, y esa vulneración implica un impedimento para el pleno goce y ejercicio de todos los demás derechos, trato digno, desarrollo personal, derecho a no ser discriminado en razón de la identidad de género, etc. La educación en todos los niveles y la masiva difusión de esta ley son fundamentales para que la normativa y la realidad social vayan de la mano³⁷⁴, generando verdadera inclusión, pluralidad y respeto.

En este marco, la ley 26.618, Ley de Matrimonio Igualitario, se compagina con este paradigma de evolución de nuestro sistema normativo y de la sociedad toda, permitiendo la

³⁷³ Barocelli, Sergio S, “*El derecho a la salud de las personas trans en la ley de identidad de género*”, Suplementos la Ley, mayo 2012.

³⁷⁴ Ciolli María Laura, “*Ley de Identidad de Género*”, Suplemento especial La Ley, Buenos Aires, mayo 2012.

unión conyugal de dos personas sea cual fuere el sexo de las mismas, y se refiere neutralmente a todas las disposiciones sexuales sobre los contrayentes.³⁷⁵ Ambas leyes colocan en pie de igualdad de real los derechos de las personas.

c) 2. *Leyes de carácter específico*

La ley 26485³⁷⁶ de protección integral de la mujer, que tiene entre sus objetos la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones; el derecho a vivir una vida sin violencia; garantizar las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos; y la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder. Dentro de los tipos de violencia, la ley menciona a la violencia simbólica, que es la que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad. Además la ley señala las formas que se manifiesta violencia en los distintos ámbitos. Una de las modalidades es la violencia mediática, que es aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres.

³⁷⁵ Belluscio, Augusto. *El matrimonio sexualmente neutro*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 14/10/2010.

³⁷⁶ Sancionada: 11/03/09, Promulgada: 01/04/09

IV. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

a) El rol del derecho del consumidor como transformador social

El derecho del consumidor es la respuesta del campo jurídico a las transformaciones sociales, políticas, económicas, culturales y tecnológicas que atravesaron y atraviesan las sociedades en Occidente como consecuencia de la consolidación de llamada “sociedad de consumo”. En ese contexto de producción tecnificada y masificada, estandarización y despersonalización de las condiciones de comercialización de bienes y servicios, agresiva campañas de publicidad, moda y prácticas comerciales, masificación del crédito y situaciones de monopolio, oligopolio y poder de la “marca”, las relaciones entre quienes adquieren o utilizan bienes o servicios para satisfacer necesidades domésticas y quienes proveen bienes y servicios en el mercado se dan en un marco de desigualdad estructural, caracterizada por la debilidad y vulnerabilidad los consumidores y usuarios³⁷⁷. Esta relación de vulnerabilidad entre los adquirentes o usuarios de bienes y servicios y los proveedores puede estar basada en razón del género, en la asignación de un rol por medio de la publicidad para difundir un producto o un servicio. Esa asignación está dotada de estereotipos y prejuicios que acentúan la desigualdad de género e implican un ejercicio abusivo del derecho (conforme el art 10 del CCC).

b) Algunas normas del Código Civil y Comercial atinentes

Para eliminar esa desigualdad es fundamental que el Código Civil y Comercial contenga normas que complementen las normas especiales de protección contra la violencia de género. El mismo es el centro de imputación de normas del derecho privado, allí se consignan las reglas generales del sistema. Sirve como una guía para regular la conducta de las personas.

Como aspectos valorativos expresa la existencia de una igualdad real que se plasme en una verdadera ética de protección de los vulnerables, un Código basado en un paradigma no

³⁷⁷ Arias Cau, Esteban J, Barocelli, Sergio S, “Necesaria acreditación de una relación de consumo para los daños punitivos”, LL 05/09/14

discriminatorio y la Constitucionalización del derecho privado, estableciendo una comunidad de principios entre el derecho constitucional, derecho público y derecho privado permitiendo de esa manera un diálogo de fuentes.

Con respecto a la protección de los vulnerables, el derecho del consumidor se erige como un sistema de normas principiológicas, de fuente constitucional, con carácter protectorio de la parte débil y vulnerable³⁷⁸. En supuestos de violencia mediática, la debilidad es estructural, reconoce los orígenes en el patriarcado y se afecta por medio de la publicidad la imagen y la dignidad de la mujer (conforme el art 51 y 52 del CCC).

Con respecto a la existencia de un Código basado en un paradigma no discriminatorio, el derecho del consumidor debe contener normas que nucleen a todos los consumidores, independientemente de su género. Las mismas deben estar basadas en el respeto y dignidad del consumidor.

Con respecto a la Constitucionalización del derecho privado, es fundamental receptor los instrumentos internacionales específicos como normas del derecho interno, específicamente como normas del derecho del consumidor, que los preceptos de la CEDAW se apliquen a esta rama, para evitar cualquier discriminación basada en el género.

El art 1 del CCC se refiere a tener en cuenta la finalidad de las normas para solucionar el caso en concreto conforme la CN y los TIDH. El art 2 del CCC plantea el modo de interpretación de las leyes de modo coherente con el ordenamiento nacional e internacional vigente siempre respetando la Constitución y los Derechos Humanos.

V. LOS PRODUCTOS GÉNERO

En el campo de la publicidad, muchas veces se asigna género a los productos clasificándolos en productos para mujeres y hombres. Cabe aclarar que esta no es una clasificación azarosa e ingenua, sino discriminatoria en función de los roles asignados históricamente cuyas bases se encuentra en el patriarcado. Por un lado a la mujer se le asigna el rol de cuidadora, higiénica, pura y débil y por el otro al hombre se le asigna

³⁷⁸ Barocelli, Sergio S, *Seguros*, “derechos del consumidor y daños punitivos”, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, LL febrero 2014, págs., 80 y ss., 94

características contrarias, de descuido en su higiene, proveedor, competidor y fuerte. La imagen de la mujer es “presentada de forma incompleta o sesgada”, “o estereotipada y discriminatoria”. “Los hombres continúan detentando el poder político, económico y simbólico”. Todo ello a la vez que los varones también son estereotipados como “dominantes, seguros, competitivos” y ante “la evidencia de la emocionalidad”, cualquier atisbo de vulnerabilidad son desechados”, mientras que a las personas con identidades de género diversa, los medios suele relegarlas al lugar de lo raro, marginal y cuando se puede, las hacen rozar la delincuencia: casi nunca evidenciando la trama social y cultural de discriminación y rechazos hacia estos colectivos”³⁷⁹. Se las invisibiliza, relegándolas de la sociedad, como si fueran un error de la misma.

Estas características binarias mencionadas traspasan a las publicidades porque sus creadores son parte de esta sociedad que segrega, califica y discrimina. Como por ejemplo los productos de limpieza, alimenticios y de bazar se asimilan como destinatarios al género femenino debido a que son ellas “las que deben usar” esos productos. Esa imposición es arbitraria y encubierta en una supuesta naturalidad, “*siempre fue así y no debe cambiar*”³⁸⁰. Las bebidas alcohólicas, productos deportivos y automóviles suelen ser patrimonio del género masculino. Todos productos relacionados a la fuerza, poder, supremacía, competencia, etc.

Estos productos no solo resaltan estereotipos de género, sino que refuerzan las relaciones desiguales entre los géneros, es el hombre el que toma la bebida para hacerse fuerte, tomar “valor” y “conquistar” a la mujer o al colocarse un desodorante las tiene a su disposición y las rechaza cuando han sido utilizadas. Por otro lado es la mujer que limpia su casa o cocina para su marido, sin a que este mucho le importe, suele estar mirando la televisión, etc. Sumado a la invisibilidad de otros géneros que no aparecen en las publicidades sino que aparecen en los medios de comunicación asimilados a la delincuencia, promiscuidad, enfermedad, etc. Suelen ser notas de color de programas periodísticos y nunca la imagen de una publicidad.

³⁷⁹ Celiberti, Lilian, Chaer Sandra, Kislinger Luisa, Martínez, Juliana, Moreno, Rachel y otras, *Políticas Públicas de comunicación y género en América Latina: Un camino por recorrer*, Defensoría del Público, Buenos Aires, 2014, Pág. 12

³⁸⁰ La frase nos pertenece.

VI. ALGUNOS EJEMPLOS DE PUBLICIDADES

La idea de este punto es analizar algunos ejemplos de publicidades atinentes a la temática. Para dicho análisis nos vamos a valer de publicidades actuales, estando plenamente vigente la ley 26485, lo que supone desconocimiento legal entre otras aristas de análisis:

Año: 2012

Producto: chicles topline (publicidad televisiva)

Spot: “Pablo”

Análisis: La publicidad comienza con un hombre que tiene a su disposición mujeres que tienen que convencerlo para que sean elegidas para obtener “un beso de Pablo”.

Los argumentos que estas le presentan son entre otros: “*no me tenes que mandar un mensajito al día siguiente eh*”, “*no te despierto, vuelvo a casa sola*”, “*me van los videítos*”, “*enseñame, enseñame por favor que no sé*”, “*me ducho, me cambio y estoy lista en cinco minutos*”, “*dejo que le cuentes todo, todo a tus amigos*”, “*es mi último fin de semana en la ciudad*”, “*aprendo a jugar a la play*”, “*todavía guardo el uniforme del colegio*”. Mientras tanto una de las mujeres come un chicle de la marca a publicitar y dice “*yo tengo una hermana gemela*”. Esta última joven es la que elige Pablo.

El contexto donde se desarrolla la publicidad, es un salón blanco, el piso con agua y las mujeres se encuentran sentadas frente a él, esperando ser elegidas. El denominador común de todos los mensajes aludidos es la subordinación de la mujer frente a los pedidos del hombre, en este caso de Pablo. Esto se denota en: no molestar, dejarse filmar teniendo relaciones sexuales, ofrecerse para aprender como tenerlas, estar disponible, limpia para tenerlas, renunciar a la intimidad de este tipo de relaciones, aprender un juego, disfrazarse de colegiala para cumplir con una fantasía sexual y ofrecer a una pariente para tener relaciones sexuales, etc.

Podríamos analizar cada una de estas situaciones, pero la última que lleva a que Pablo elija a esa mujer, significa no solo ofrecerse como objeto sexual sino también ofrecer a su

hermana, independientemente de su voluntad, como que el premio de la subasta se tiene que pagar.

Año: 2012

Producto: chicles Topline (publicidad televisiva)

Spot: “Florencia”

Cabe aclarar que similar a la publicidad anterior, se realizó la publicidad pero con hombre ofreciéndose a Florencia, con los siguientes argumentos: “ *Te regalo un osito de peluche todos los días*”, “*un oso gigante de peluche todos los días*”, “*un caballo de peluche*”, “*me baño*”, “*cuando te depilas, sufro con vos*”, “*¿ te puedo abrazar?*”, “*marrones y celestes (se señala a él)*”, “*borro todos los videítos de mi computadora*”, “*te digo te amo en la segunda cita*”, “ *vendo la play*”, Mientras uno de los hombres, come un chicle y *dice borro a todas mis amigas del Facebook, a todas*”.

En este caso, el denominador común es usar como argumentos estereotipos de género femenino, como el de ternura, sensibilidad, debilidad, simulación de afectos, etc.

Año: noviembre del año 2014

Producto: Vino Bravío (publicidad televisiva)

Agencia de publicidad: Carlos y Darío

Spot: “Amigas”

Análisis: La publicidad comienza con un joven que duda con respecto a si acercarse a hablar con una chica u otra. Una de ellas es rubia y la otra morocha. Seguidamente describe que pasaría con cada una de ellas, dice: “*es demasiada linda pero me va a rebotar*”, “*mejor voy por la morocha, es más segura, se las ve más simpática*”, “*pero me gusta más la rubia, esta buenísima pero no me va dar bola*”. Seguidamente aparece en

escena un indio que le pega un cachetazo (con una voz en off que dice el indio no duda) y toma a la fuerza a la mujer rubia.

De la publicidad relatada brevemente, surge algunas cuestiones que cabe resaltar desde el punto de vista de las relaciones, el joven no entabla conversación con ninguna de ellas, elabora un preconcepción de cada una, como si estuviera mirando un objeto en una vidriera y dudara de su elección, es decir de su compra. Esto se relaciona con la cosificación de la mujer, como objeto a tomar. Asimismo la “masculinidad” del joven es puesta en cuestionamiento por el indio que le pega por haber dudado en tomar a la más bella según el criterio del joven. Esto se relaciona con las características que se le atribuyen al género masculino, proveedor, fuerte, seguro, decidido. Por último, se advierte la falta de consentimiento de la mujer que es tomada por el indio, sin emitir palabras ni protestar, como si fuera una bolsa de carga, es decir un objeto.

Año: 2014

Producto: Pollos manos libres Sadia (publicidad televisiva)

Análisis: La publicidad muestra de manera vertiginosa una situación cotidiana de una mujer actual en la cocina. Una mujer que trabaja y debe cocinar a su pareja el producto de la publicidad que analizamos.

La publicidad apunta a la cocción del producto de manera rápida evitando usar las manos y dando la posibilidad a la mujer de realizar otras cosas mientras está cocinando, como por ejemplo andar en bicicleta, hablar por teléfono, aspirar, rascarse el pie, estar con su pareja que mira la televisión y la mira brevemente a pesar de que ella está al lado mirándolo.

La desigualdad se pone de relieve en esta situación caótica y aparentemente practica para el hogar, la tarea no es compartida con su pareja quien parece no estar enterada de la situación y dedica exclusivamente su tiempo a la recreación. La mujer es la encargada de hacer la cena, es la que “debe hacer otras cosas”, como si fuera un robot o una maquina que no piensa, Incluso la publicidad no tiene dialogo entre los protagonistas, algo que no está exento de análisis e introduce al comienzo el avance de la tecnología menos de la comida.

La mujer tiene todos los recursos materiales disponibles como una bella cocina y un producto para cocinar, ella es parte de ese mecanismo, la encargada de hacer que las cosas funcionen. Avanza la tecnología, pero no avanza el pensamiento de los integrantes de la sociedad sobre la atribución y distribución de las tareas del hogar. Esto es propio del rol de la mujer que trabaja en la actualidad, en donde no solo ejerce labores fuera del hogar sino que la tarea continúa en su interior. La publicidad refuerza la idea de desigualdad.

Año: 2015

Producto: Ala polvo rendimiento imbatible (publicidad televisiva).

Análisis: La presente publicidad es un ejemplo de que un producto de limpieza puede ser asignado al género masculino y no está reservado exclusivamente al género femenino. Este se relaciona con la realización de las tareas del hogar como el lavado, que puede realizar tanto el hombre como la mujer. Sumado a la participación del niño como colaborador de las tareas que benefician a toda la familia. Se muestra un hombre seguro cuidando a su hijo mientras realizan el lavado de remeras y posteriormente se miden con las mismas.

Año: 13 mayo del año 2016

Producto: Ala progress (publicidad en televisión)

Análisis: La presente publicidad del mismo producto y marca que la anterior, replica la idea del cuidado del hijo y los quehaceres domésticos, pero con la presencia virtual de la madre como consintiendo lo realizado. Cuando el hijo que se ensucia le dice al padre que la madre no está para lavar la camiseta, este no le contesta. Creo que hubiese sido la oportunidad de aclarar su posibilidad de hacerlo.

Año: 2016

Producto: Arredo sabanas (publicidad gráfica)

Análisis: La publicidad de estas sabanas muestra dos mujeres acostadas en la misma cama, como que recién se despertaron. Esto significa un avance en el reconocimiento y visibilización de las parejas del mismo sexo, cuando siempre la publicidad tuvo como base una lógica heteronormativa, es decir pareja de distintos sexos.

VII. ESTRATEGIAS SUPERADORAS

a) El rol de los medios de comunicación

Los medios de difusión se deben abstener de presentar a la mujer como un ser inferior y de explotarla como objeto sexual y bien de consumo, en lugar de presentarla como un ser humano creativo, agente principal, contribuyente y beneficiaria del proceso de desarrollo. Deben fomentar la idea de que los estereotipos sexistas que se presentan en los medios de difusión son discriminatorios para la mujer, degradantes y ofensivos.

La Plataforma de Beijing plantea las medidas que han de adoptar los sistemas de difusión nacionales e internacionales como elaborar mecanismos reglamentarios que permitan a los sistemas de comunicaciones internacionales y a los medios de difusión presentar una imagen equilibrada y diferenciada de la mujer.

Para fomentar esta imagen, la plataforma plantea medidas que han de adoptar los medios de información de masas y las organizaciones de publicidad como elaborar directrices profesionales y códigos de conducta y otras formas de autorregulación para fomentar la presentación de imágenes no estereotipadas de la mujer y respecto de los materiales de contenido violento, degradante o pornográfico sobre la mujer en los medios de información, incluso en la publicidad³⁸¹.

³⁸¹ Plataforma de Acción de Beijing, http://beijing20.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf#page=17, fecha de consulta: 28/01/15

Asimismo plantea medidas que han de adoptar los medios de información, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado, en colaboración con los mecanismos nacionales encargados de la promoción de la mujer como fomentar la participación en pie de igualdad en las responsabilidades familiares, mediante campañas en los medios de difusión que hagan hincapié en la igualdad de género y en la exclusión de los estereotipos basados en el género de los papeles que desempeñan las mujeres y los hombres dentro de la familia, y que difundan información tendiente a eliminar el abuso doméstico de cónyuges y niños y todas las formas de violencia contra la mujer, incluso la violencia en el hogar.

b) El rol de las Instituciones

La plataforma de Beijing plantea las medidas que han de adoptar las organizaciones no gubernamentales y las asociaciones profesionales de difusión como estimular la creación de grupos de control que puedan vigilar a los medios de difusión y celebrar consultas con ellos a fin de velar por que las necesidades y los problemas de la mujer se reflejen en forma apropiada³⁸².

La necesidad de la creación de organismos nacionales como Defensorías de las Audiencias o del Público obedecen a la promoción del derecho de la comunicación, la educación crítica de las audiencias, amplificar sus reclamos, denuncias y consultas y buscar corregir las asimetrías entre los nuevos sujetos de derechos, las ciudadanas y los ciudadanos comunicacionales, y los licenciatarios de los servicios de comunicación audiovisual.

c) El rol de los operadores del derecho

Los operadores del derecho son los encargados de garantizar un procedimiento efectivo con perspectiva de género que elimine la violencia de género en los medios de comunicación, evitando los estereotipos y prejuicios en las publicidades o relaciones de género con producto.

³⁸²Plataforma de Acción de Beijing, http://beijing20.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf#page=177, fecha de consulta: 27/01/15

Los abogados deben estar capacitados y sensibilizados constantemente en la temática para comprender que este no es un mero procedimiento civil, sino que se enmarca en una sociedad que propende a la desigualdad de género en distintos ámbitos y las agencias de publicidad son parte de esa sociedad a través de sus proyectos³⁸³.

Los jueces deben tener en cuenta para arribar a una decisión, los instrumentos internacionales y nacionales mencionados, conceptos propios de la temática, entre otras cosas.

El art 1102 del CCC, plantea que los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación de la sentencia, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria.

La norma habilita la posibilidad de accionar contra la publicidad prohibida (art. 1101, CCC). Dado que se trata de derechos de incidencia colectiva, la acción puede ser planteada por el afectado o por asociaciones que defiendan los derechos involucrados, tanto en acciones individuales como colectivas. Si bien la norma no establece qué tipo de acción procesal deberá entablarse, entendemos que por aplicación de la LDC y del art. 43 de la CN, esta acción tramitaría por la vía del amparo o mediante las reglas del trámite sumarísimo (art. 53, ley 24.240), a elección del presentante y dependiendo del tipo de planteo efectuado.

Los remedios que podrá pedir el accionante, según la norma son:

a) La cesación de la publicidad ilícita. Este remedio estaba previsto para casos de publicidad engañosa en la Ley de Lealtad Comercial.

b) La publicación, a cargo del demandado, de la sentencia condenatoria. Esta se encuentra prevista entre las sanciones enumeradas por el art. 47 de la LDC y ha sido implementada en diversos casos. Más aún, la CSJN ha dicho que " puede sostenerse que la sanción

³⁸³ El art 16 de la ley 26485, expresa los derechos al patrocinio jurídico preferentemente especializado, a obtener una respuesta oportuna y efectiva, a ser oída personalmente por el juez y por la autoridad administrativa competente, a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte, a recibir protección judicial urgente y preventiva, a la protección de su intimidad, garantizando la confidencialidad de las actuaciones, a participar en el procedimiento recibiendo información sobre el estado de la causa, a recibir un trato humanizado, a la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos y a contar con mecanismos eficientes para denunciar a los funcionarios por el incumplimiento de los plazos establecidos y demás irregularidades.

accesoria de publicación de la principal hace eficaz el derecho a una información adecuada y veraz al usuario y al consumidor, principio consagrado en el art. 42, CN"³⁸⁴ .

c) La publicación de avisos rectificatorios. Estos avisos deberán publicarse a costa del proveedor por medios y modos de difusión similares a los utilizados para efectuar la publicidad ilícita.

d) El rol del Estado

El Estado tiene un papel central para vehicular los reclamos legislativos de los ciudadanos y organizaciones a través de la sanción de leyes específicas que ponderen la temática, proporcionar recursos materiales y humanos para la elaboración de programas de investigación³⁸⁵, información³⁸⁶, prevención y resguardo de las personas en situación de violencia de género y controlar a las agencias de publicidad que dañen la imagen de la mujer³⁸⁷.

El art 7 de la ley 26485, plantea una serie de principios rectores que tienen que adoptar los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial. Deberán garantizar entre otros principios, la adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres, el incentivo a la cooperación y participación de la sociedad civil, comprometiéndose a entidades privadas y actores públicos no estatales; el respeto del derecho a la confidencialidad y a la intimidad, prohibiéndose la reproducción para uso particular o difusión pública de la información relacionada con situaciones de violencia contra la mujer, la garantía de la existencia y la disponibilidad de recursos económicos que permitan el cumplimiento de los objetivos.

³⁸⁴ Fallos: 324:1740

³⁸⁵ Según la Plataforma, el gobierno debería fomentar la investigación de todos los aspectos de la imagen de la mujer en los medios de difusión para determinar las esferas que requieren atención y acción y examinar las actuales políticas de difusión con miras a integrar una perspectiva de género, fomentar una imagen equilibrada y no estereotipada de la mujer en los medios de difusión.

³⁸⁶ La Plataforma de Acción de Beijing propone potenciar el papel de la mujer mejorando sus conocimientos teóricos y prácticos y su acceso a la tecnología de la información, lo que aumentará su capacidad de luchar contra las imágenes negativas que de ella se ofrecen a escala internacional y de oponerse a los abusos de poder de una industria cada vez más importante.

³⁸⁷ La Plataforma de Acción de Beijing propone instaurar mecanismos de autorregulación en los medios de difusión y fortalecerlos, así como idear métodos para erradicar los programas en los que haya sesgo de género.

El Consejo Nacional de la Mujer será el organismo rector encargado de diseñar las políticas públicas para efectivizar las disposiciones de la ley mencionada anteriormente.

Deberá entre otras cosas, elaborar, implementar y monitorear un Plan Nacional de Acción para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres; articular y coordinar las acciones con las distintas áreas involucradas a nivel nacional, provincial y municipal, y con los ámbitos universitarios, sindicales, empresariales, religiosos, las organizaciones de defensa de los derechos de las mujeres y otras de la sociedad civil con competencia en la materia, promover en las distintas jurisdicciones la creación de servicios de asistencia integral y gratuita, promover campañas de sensibilización y concientización sobre la violencia contra las mujeres informando sobre los derechos, recursos y servicios que el Estado garantiza, publicar materiales de difusión para apoyar las acciones de las distintas áreas.

Conforme el art 11 de la ley 26485, el Estado nacional implementará el desarrollo de las siguientes acciones prioritarias, promoviendo su articulación y coordinación con los distintos Ministerios y Secretarías del Poder Ejecutivo nacional, jurisdicciones provinciales y municipales, universidades y organizaciones de la sociedad civil con competencia en la materia. Como por ejemplo, el Ministerio de Educación de la Nación debe articular en el marco del Consejo Federal de Educación la inclusión en los contenidos mínimos curriculares de la perspectiva de género, el ejercicio de la tolerancia, el respeto y la libertad en las relaciones interpersonales, la igualdad entre los sexos, la democratización de las relaciones familiares, la vigencia de los derechos humanos y la deslegitimación de modelos violentos de resolución de conflictos. La Secretaría de Medios de Comunicación de la Nación deberá impulsar desde el Sistema Nacional de Medios la difusión de mensajes y campañas permanentes de sensibilización y concientización dirigida a la población en general y en particular a las mujeres sobre el derecho de las mismas a vivir una vida libre de violencias; promover en los medios masivos de comunicación el respeto por los derechos humanos de las mujeres y el tratamiento de la violencia desde la perspectiva de género, brindar capacitación a profesionales de los medios masivos de comunicación en violencia contra las mujeres; alentar la eliminación del sexismo en la información; promover, como un tema de responsabilidad social empresaria, la difusión de campañas publicitarias para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres.

Conforme el art 12, se crea el Observatorio de la Violencia contra las Mujeres en el ámbito del Consejo Nacional de la Mujer, destinado al monitoreo, recolección, producción, registro y sistematización de datos e información sobre la violencia contra las mujeres. Entre sus funciones, está la de impulsar el desarrollo de estudios e investigaciones sobre la evolución, prevalencia, tipos y modalidades de violencia contra las mujeres, sus consecuencias y efectos, identificando aquellos factores sociales, culturales, económicos y políticos que de alguna manera estén asociados o puedan constituir causal de violencia, incorporar los resultados de sus investigaciones y estudios en los informes que el Estado nacional eleve a los organismos regionales e internacionales en materia de violencia contra las mujeres; celebrar convenios de cooperación con organismos públicos o privados, nacionales o internacionales, con la finalidad de articular interdisciplinariamente el desarrollo de estudios e investigaciones; examinar las buenas prácticas en materia de prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres y las experiencias innovadoras en la materia y difundirlas a los fines de ser adoptadas por aquellos organismos e instituciones nacionales, provinciales o municipales que lo consideren, articular acciones con organismos gubernamentales con competencia en materia de derechos humanos de las mujeres a los fines de monitorear la implementación de políticas de prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres, para evaluar su impacto y elaborar propuestas de actuaciones o reformas; fomentar y promover la organización y celebración periódica de debates públicos, con participación de centros de investigación, instituciones académicas, organizaciones de la sociedad civil y representantes de organismos públicos y privados, nacionales e internacionales con competencia en la materia, fomentando el intercambio de experiencias e identificando temas y problemas relevantes para la agenda pública, publicar el informe anual sobre las actividades desarrolladas, el que deberá contener información sobre los estudios e investigaciones realizadas y propuestas de reformas institucionales o normativas. El mismo será difundido a la ciudadanía y elevado a las autoridades con competencia en la materia para que adopten las medidas que corresponda.

VIII. CONCLUSIÓN

Como conclusión de este trabajo, generalmente la publicidad impacta en el consumidor acentuando la desigualdad de géneros, asignándole productos en razón del mismo. Sin embargo vemos en la actualidad algunos atisbos de solución y tratamiento específico de la temática en el marco normativo nacional e internacional y en la difusión de algunas publicidades cuyos productos históricamente han sido asignados a la mujer, como por ejemplo productos de limpieza.

Como conclusión final del seminario de investigación, los miembros del mismo hemos podido comprender el derecho del consumidor mas allá de sus normas específicas de carácter nacional e internacional y ver su implicancia en la sociedad mas allá de los que establece el Código Civil y Comercial. Hemos participado en varias reuniones en donde se han trabajado diferentes temas en el área de la salud, responsabilidad profesional, niñez y adolescencia y género sin descuidar los principios que guían al derecho del consumidor y las cláusulas abusivas, entre otros temas.

BIBLIOGRAFÍA

Arias Cau, Esteban J, Barocelli, Sergio S, “Necesaria acreditación de una relación de consumo para los daños punitivos”, LL 05/09/14

Barocelli, Sergio S, “El derecho a la salud de las personas trans en la ley de identidad de género”, Suplementos la Ley, mayo 2012.

Barocelli, Sergio S, “Seguros, derechos del consumidor y daños punitivos, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, LL febrero 2014, págs., 80 y ss., 94.

Belluscio, Augusto. “El matrimonio sexualmente neutro”, Abeledo Perrot, Buenos Aires 14/10/2010.

Bordieu, Pierre, “La Dominación masculina” y “Los Herederos: los estudiantes y la cultura”, Anagrama, España.

Bronfenbrenner Urie, la ecología del desarrollo humano, Madrid, 1982

Celiberti, Lilian, Chaer Sandra, Kislinger Luisa, Martínez, Juliana, Moreno, Rachel y otras, Políticas Públicas de comunicación y género en América Latina: Un camino por recorrer, Defensoría del Público, Buenos Aires, 2014, Pág. 12

Ciulli María Laura, “Ley de Identidad de Género”, Suplemento especial La Ley, Buenos Aires, mayo 2012.

Chinkin Christine, Acceso a la Justicia, Género y Derechos Humanos, Violencia de Género, Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres, Ministerio Público de la Defensa, 2013, pág. 20

Lorente Acosta Miguel, Violencia, Ideación e Imitación, El País, Sección Opinión, España, 12/04/13

Medina, Graciela, Situación de la mujer en el Proyecto del Código Civil de 1998, JA 2000-I-949

Recomendación general de la CEDAW nro. 28 sobre las obligaciones fundamentales de los Estados parte, 16 de diciembre del año 2010.

La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer reunida en Beijing produjo la Plataforma del 4 al 15 de septiembre de 1995

ANEXO

La realización de un glosario nos va permitir conceptualizar algunos términos relacionados con la temática.

a). GÉNERO

Su origen etimológico es latín *genus / generis*, su noción tiene una multiplicidad de usos y aplicaciones según el ámbito en el que sea. En el ámbito sociológico, desde tiempos

remotos el hombre ha intentado explicar, de diversas maneras, las diferencias entre mujeres y varones, el lugar que ocupa cada uno de ellos dentro de la sociedad, como así también el rol que desempeñan éstos al momento de cumplir una función social.

El término “genero” no se utilizó en el ámbito internacional hasta la década de 1980, cuando fue introducido en diferentes conferencias internacionales sobre los derechos de la mujer³⁸⁸. La Declaración y Plataforma de acción adoptadas por la 4ª conferencia mundial sobre la mujer en Beijing, en 1995, se comprometió a lograr la igualdad de género, así como la no discriminación basada en el sexo³⁸⁹. En el 2010, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, creado por la CEDAW determinó: “*Si bien en la Convención solo se menciona la discriminación por motivos de sexo al interpretar el artículo 1 junto con el párrafo f del artículo 2 y el párrafo a del artículo 5, se pone de manifiesto que la Convención abarca la discriminación contra la mujer por motivos de género*”³⁹⁰.

La inclusión de los términos sexo y genero resalta que la desigualdad existente entre la mujer y el hombre resulta tanto de la diferencia biológica (sexo) como de los roles socialmente construidos que definen las conductas consideradas apropiadas para la mujer y para el hombre (género)³⁹¹.

La primera definición de género incluida en un Tratado Internacional se halla en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), de 1998, en el artículo 7, párrafo 3: “*el termino genero se refiere a los dos sexos, femenino y masculino, dentro del contexto de la sociedad*”. Si bien al definir genero se hace hincapié en la identificación biológica de ambos sexos (masculino y femenino), la definición citada los ubica dentro de la sociedad³⁹².

³⁸⁸ La Tercera Conferencia Mundial sobre la Mujer se refirió a la discriminación de género y exigía un cambio de actitud con respecto a los roles de género: *Estrategias orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer*, Documento Naciones Unidas, Nairobi 1985.

³⁸⁹ Cuarta conferencia mundial sobre la mujer, Declaración, ONU, Beijing, 15 de septiembre de 1995, párrafo 24

³⁹⁰ CEDAW, *Recomendación General nro. 28 sobre las obligaciones fundamentales de los Estados parte conforme el artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de discriminación contra la mujer*, 16 de diciembre del año 2010, párrafo 5.

³⁹¹ Chinkin Christine, *Acceso a la Justicia, Genero y Derechos Humanos*, Violencia de Género, Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres, Ministerio Publico de la Defensa, 2013, pág. 20

³⁹² Chinkin Christine, art citado, pág 20

En el año 2004, el Comité de la CEDAW implícitamente rechazó esta sutil diferencia observando que género se define como: “los significados sociales asignados a las diferencias biológicas entre los sexos. Se trata de una construcción ideológica y cultural, aunque también se reproduce dentro del ámbito de las prácticas físicas y a su vez influye en los resultados de tales prácticas. Afecta la distribución de los recursos, la riqueza, el trabajo, el poder político y la adopción de decisiones, el goce de los derechos dentro de la familia y en la vida pública. A pesar de las variantes en las diferentes culturas y épocas, las relaciones de género en todo el mundo suponen una asimetría de poder entre el hombre y la mujer como característica profunda³⁹³ .

Otros organismos de derechos humanos de Naciones Unidas siguieron al Comité de la CEDAW al reconocer que la construcción social de género debilita el goce igualitario de los derechos humanos. Al respecto, el Comité sobre Derechos Económicos, sociales y culturales consideró que el género se construye socialmente, en tanto afecta el goce igualitario de derechos por parte del hombre y la mujer, y determina expectativas y presupuestos en torno al comportamiento, las actitudes, las cualidades personales y las capacidades físicas e intelectuales del hombre y la mujer, sobre la base exclusiva de su identidad como tales³⁹⁴ . En 2009, el Comité DESC explicó en detalle el modo en que: “ la noción de sexo como causa de prohibición ha evolucionado en forma considerable para cubrir no solo aspectos psicológicos sino también la construcción social de los estereotipos de género, prejuicios y roles presupuestos que han significado obstáculos para lograr la igualdad de los derechos económicos, sociales y culturales³⁹⁵ .

En el año 2010, el Comité de la CEDAW destacó que la construcción social atribuida a la diferencia biológica entre la mujer y el hombre da lugar a relaciones jerárquicas y “a la distribución de facultades y derechos a favor del hombre y en detrimento de la mujer”³⁹⁶ .

³⁹³ *Encuesta Mundial sobre el papel de la Mujer en el Desarrollo*, 1999 (Naciones Unidas, Nueva York, 1999), citada por la Recomendación General nro. 25 de la CEDAW, sobre medidas especiales de carácter temporal, 2004, nota 2.

³⁹⁴ Comité DESC, observación general nro. 16, *El derecho igualitario del hombre y la mujer al goce de todos los derechos económicos sociales y culturales*, ONU, 11 de agosto del año 2005, párrafo 14.

³⁹⁵ Comité DESC, Observación General nro. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (art 2 párrafo 2) 2 de julio del año 2009, párrafo 20.

³⁹⁶ Comité de la CEDAW, *Recomendación general nro 28 sobre las obligaciones fundamentales de los Estados parte conforme el art 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer*, 16 de diciembre del año 2010, párrafo 5.

Definir género como “*un modelo de conducta*” conduciría a pensar que cada sociedad en determinado momento histórico y social construye su propio “modelo de conducta”, que contendrá elementos “comunes” y “diferenciados” para varones y mujeres. El género es construido socialmente, por lo tanto, es contingente y varía en el tiempo y en el espacio.

Debido a la posición generalizada de subordinación y desventaja social, política y económica de las mujeres, abordar la desigualdad de género requiere el empoderamiento y avance de las mujeres, asumiendo el compromiso de tomar medidas específicas. Esto explica en cierto punto, el deslizamiento de la noción género como sinónimo de mujer. Igualmente con frecuencia sexo y género se comprenden solo en términos de los dos sexos, masculino y femenino. Sin embargo una lectura más profunda de género abarca la orientación sexual y la identidad de género, incluyendo a los transgénero³⁹⁷.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) cuando hablamos de “género” nos referimos a los “roles socialmente construidos, comportamientos, actividades y atributos que una sociedad considera como apropiados para hombres y mujeres”. Se trata de una construcción determinada social y culturalmente y no de una distinción biológica que tenga que ver con las características anatómicas de varones y mujeres.

b). LA SOCIALIZACIÓN GENÉRICA

Es el proceso mediante el cual aprendemos a través de muy diversas fuentes e instituciones sociales las formas de actuar que las sociedades esperan que asuman mujeres y hombres. Para simplificar esa realidad se ha recurrido a estereotipos sociales que “clasifican” a las personas según el sexo, la edad, clase social, etnia, etc; sin embargo, el género atraviesa todas ellas y se constituye en el eje que permite entender todas las formas de relación social.

Los estereotipos genéricos definen los roles, entendidos estos como los papeles que cada quien juega dentro de una sociedad y que definen comportamientos, habilidades, capacidades y maneras de pensar.

³⁹⁷ Comité DESC, Observación General nro. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (art 2 párrafo 2) 2 de julio del año 2009, párrafo 32.

Desde la infancia vamos incorporando los estereotipos sociales basados en el sexo a partir de las imágenes de relaciones entre el padre y la madre dentro del hogar pero también de todos los otros espacios donde participamos tales como instituciones educativas, los grupos de amigos, las instituciones religiosas y el trabajo. El género es una manera de estructurar la práctica social general e influye inevitablemente en todos los aspectos que la conforman. Aunque la socialización genérica es un hecho social y no biológico su estructuración cultural tiene tanta fuerza que se le asume como natural. Las categorías de género están planteadas de tal forma que los valores masculinos se asumen como superiores a los femeninos.

c). EL PATRIARCADO

El concepto de patriarcado ha sido redefinido e investigado por distintas disciplinas sociales con el propósito de encontrar una explicación acerca de las jerarquías sociales entre los sexos y de los mecanismos que las originan y perpetúan. El movimiento feminista fue el principal generador e impulsor de los debates, que aun continúan sobre los contenidos, de este término.

En el nivel más general ha sido empleado para referirse a la dominación masculina y a las relaciones de poder a través de las cuales los hombres dominan a las mujeres³⁹⁸. En cuanto a las bases de sustentación de la sociedad patriarcal y a los mecanismos e instituciones de la misma, las respuestas varían pero existe casi una unanimidad en señalar a la familia como la institución básica del patriarcado.

En las formas de organización social patriarcal, que son prácticamente todas las conocidas, se considera que el varón es la cabeza de la unidad doméstica y de todas las instituciones sociales.

En los marcos de la concepción actual, los diferentes significados que se le atribuyen al término patriarcado se relacionan con distintas corrientes del feminismo. La del feminismo

³⁹⁸ Millet, 1975

revolucionario, una de las más radicales, desarrolla una teoría del patriarcado que postula una base de la opresión social de las mujeres su capacidad reproductiva³⁹⁹.

d). LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La violencia es una conducta que nace de la voluntad, es decir, de la decisión libre de una persona que pretende atacar y herir o matar a otra bajo las motivaciones más diversas⁴⁰⁰.

La Conferencia mundial de la ONU de 1993 sobre Derechos Humanos establece que la violencia de género es la violencia que pone en peligro los derechos fundamentales, la libertad individual y la integridad física de las mujeres.

La Declaración 48/104 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la Mujer del 20 de diciembre de 1993, en su art 1 define a la violencia contra la mujer como: “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

e). EL MODELO ECOLOGICO SISTEMICO

Este modelo fue propuesto por Bronfenbrenner⁴⁰¹, quien abrió la teoría del modelo y el cambio de la conducta en el individuo a través de su teoría de sistemas-ambiente que influyen en el sujeto y en su cambio de desarrollo, explica además la importancia de los ambientes en el desarrollo psicológico de las personas.

Según esta teoría cada persona es afectada de modo significativo por una serie de sistemas los cuales afectan en el comportamiento humano y en el desempeño de las tareas. Cada una de estos niveles contiene al otro, están interrelacionados y quien los hace interactuar es el propio sujeto.

³⁹⁹ Firestone, Shulamit, 1976

⁴⁰⁰ Lorente Acosta Miguel, “*Violencia, Ideación e Imitación*”, El País, Sección Opinión, 12 de abril del año 2013

⁴⁰¹ Bronfenbrenner, Urie, *La ecología del desarrollo humano*, Madrid, 1982

Microsistema Comprende las interrelaciones de dos o más entornos en los que la persona en desarrollo, participa activamente.

Mesosistema En este sistema incluye ambientes más amplios, en los cuales el individuo no está necesariamente activo.

Exosistema Lo compone la cultura y la subcultura en la que se desenvuelven todos los individuos de una misma sociedad.

Macrosistema Tiene que ver con la época histórica en que vive el individuo.

Cronosistema Tiene que ver con la condición ambiental tal como el clima ambiental y los desastres naturales.

f). LA VIOLENCIA SIMBÓLICA

La violencia simbólica (También conocida como “violencia invisible”) es un concepto instituido por el sociólogo francés Pierre Bourdieu en la década de los 70 que en ciencias sociales se utiliza para describir una relación social donde el "dominador" ejerce un modo de violencia indirecta y no físicamente directa en contra de los "dominados", los cuales no la evidencian o son inconscientes de dichas prácticas en su contra, por lo cual son "cómplices de la dominación a la que están sometidos" (Bourdieu, 1994).

La violencia simbólica se caracteriza por ser una violencia invisible, soterrada, subyacente, implícita o subterránea, la cual esconde la matriz basal de las relaciones de fuerza que están bajo la relación en la cual se configura. Haciendo alusión a Michel Foucault, “el poder está en todas partes”. Solo debemos "hacer visible lo invisible"; según Foucault, no podemos hablar de relación de poder sin que exista una posibilidad de resistencia. El subordinado no puede ser reducido a una total pasividad sino que tiene la opción de buscar otras formas de responder al poder tanto individual como colectivo. Las prácticas de la violencia simbólica son parte de estrategias construidas socialmente en el contexto de esquemas asimétricos de poder, caracterizados por la reproducción de los roles sociales, estatus, género, posición social, categorías cognitivas, representación evidente de poder y/o estructuras mentales, puestas en juego cada una o bien todas simultáneamente en su conjunto, como parte de una reproducción encubierta y sistemática⁴⁰².

⁴⁰² Bordieu, Pierre, *La Dominación masculina y Los Herederos: los estudiantes y la cultura*, Anagrama, España

g). LA VIOLENCIA MEDIÁTICA

Es aquella violencia producida por los medios masivos de comunicación a través de publicaciones, difusión de mensajes e imágenes estereotipados, que promueven la explotación de mujeres o sus imágenes, o que injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mismas.

Se ejerce a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos, que transmiten y reproducen dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad. Asimismo, se entiende que existe violencia mediática cuando los mensajes o imágenes tienden a legitimar la desigualdad de trato como así también a construir o mantener patrones socioculturales de desigualdad o generadores de violencia contra la mujer. Esta modalidad de violencia está vinculada directamente con la violencia simbólica.

LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO USUARIOS Y CONSUMIDORES.-

POR NATALIA E. TORRES SANTOMÉ⁴⁰³

I. INTRODUCCIÓN

Los niños, niñas y adolescentes (NNA), tienen a partir de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), un especial estándar de protección. A nivel interno si bien la CDN fue integrada como ley nacional al poco tiempo de su firma, e incorporada a la Constitución Nacional en el artículo 75 inciso 22 en el año 1994, ocurría que el contenido de los derechos incluidos tenía un grado de generalidad tal que requería para su aplicación una tarea de especificación normativa que definiera el alcance de las obligaciones, garantías frente al incumplimiento, instituciones de control y de servicios, presupuesto, modificación de procedimientos judiciales, integración de equipos técnicos multidisciplinarios, etc.

Se necesitaron dieciséis años más para que el Estado Nacional dictara la Ley 26.061 de Protección y Promoción Integral de los Derechos de NNA, que recogiera este paradigma tuitivo y lo profundizara.

Pero ¿qué significa un paradigma tuitivo? Durante largo tiempo en nuestro derecho, la protección de los colectivos vulnerables se traducía en una denegación del reconocimiento de la personalidad individual. Se trataba de colectivos sobre los que se “disponía” a través de normativa y de prácticas judiciales, asumiendo una previa -e irrefutable- incapacidad de los miembros de ejercer los derechos por sí mismos. Es por ello que aparecía la figura del “curador”, “tutor” “asesor” para reemplazar la voluntad del representado. Voluntad que se consideraba, en muchos aspectos, nula. Esto es el denominado paradigma tutelar. Este

⁴⁰³ Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Doctoranda por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Profesora de grado y posgrado de diversas universidades y colegios profesionales. Coordinadora académica de posgrado en el Programa de Actualización de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA) Coordinadora académica de posgrado en la Diplomatura de Niñez, Infancia y Adolescencia (UCES)

paradigma, tiene también una finalidad tuitiva, la diferencia radica en que opera negando la personalidad para el ejercicio de derechos.

El modelo de protección integral, en cambio, parte del reconocimiento de la condición de Sujeto de Derecho que tienen los miembros del colectivo vulnerable al que se quiere proteger. En base a esta condición intenta arbitrar los medios para el ejercicio personal de los derechos individuales, teniendo particularmente en cuenta esas vulnerabilidades.

La CDN por tanto, profundiza la doctrina de los Derechos Humanos contenida en los instrumentos internacionales que, en lugar de buscar diferenciar sujetos utiliza el Principio de Igualdad y No discriminación, señalando estrictamente los atributos positivos comunes de todas las personas, declarando los derechos fundamentales que le deben ser reconocidos por el solo hecho de existir, sin considerar su edad, sexo u otra condición.

En consecuencia, el niño, niña o adolescente es titular de los derechos fundamentales que las constituciones, los instrumentos internacionales y las leyes reconocen a todas las personas, pero además goza de protección específica a sus derechos. De esta forma se construye un sujeto de derecho especialísimo, dotado de una supraprotección, o protección complementaria, pues se agregan nuevas garantías a las que corresponden a todas las personas.

Cuando aparece el primer estándar convencional tuitivo, su interpretación en el derecho interno se adecuó al paradigma tutelar vigente. Es decir, no se ajustó la normativa interna al derecho convencional, sino que éste quedó subsumido dentro de marco que ya se estaba utilizando. Por eso, la sanción de la ley 26.061 resultó tan trascendente, ya que obligó a modificar el sistema tutelar, dando lugar a una nueva forma de entender el ejercicio de los derechos por parte de los NNA.

Hasta la efectiva incorporación de esta filosofía de protección integral, reinaba en cuestiones de NNA un criterio paternalista, que desconocía tácitamente la personalidad de estos sujetos de derechos. Se anulaba su voluntad, basado en la falta de capacidad y de discernimiento, y se reemplazaba por una figura adulta que decidiera sobre ellos. Ello ocurría de forma tal que estas personas dejaban de ejercer como sujetos, para ser objeto de decisiones ajenas. La voluntad del sujeto sólo era considerada en sentido jurídico. Recordemos que un acto voluntario en sentido jurídico requiere del discernimiento, la

intención y la libertad. En base a la falta de discernimiento a estos sujetos se los privaba de su libertad decisoria. Se los consideraba entonces, incapaces. El incapaz es el que NO Puede.

El reconocimiento de la persona como parte de un colectivo con vulnerabilidad, implica buscar estándares más altos de protección frente al ejercicio de los derechos que la propia vulnerabilidad puede afectar. Ello ocurre reconociendo las aptitudes personales y las competencias específicas de cada sujeto frente a la situación planteada. No ya suplantando su voluntad sino partiendo desde ella.

II. EL INTERÉS SUPERIOR, LA CAPACIDAD PROGRESIVA Y EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD

Para sustentar esta protección especial, o este plus tuitivo, el Derecho se vale de principios fundamentales, a los fines de este trabajo utilizaremos tres en particular: el Interés Superior del niño, la Autonomía o Capacidad Progresiva y el Principio de Efectividad.

El interés superior del niño, presente en el artículo 3 inciso 1 CDN, en el artículo 3 de la ley 26.061, y en el artículo 639 inciso a del Código civil y Comercial de la nación , es el primero de ellos. Se trata de uno de los conceptos jurídicos indeterminado a priori (“el mejor interés para ESTE niño en ESTE momento”) que se delinea según los parámetros de la ley como su edad, grado de madurez, centro de vida, etc. El interés superior del niño es, la máxima satisfacción posible de sus derechos y es la preeminencia del derecho del NNA por sobre el de cualquier otro sujeto de derecho, cuando ambos colisionen. Así lo establece expresamente la ley 26.061 en su artículo 3 “Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”. Es el principio del Favor Minoris.

Es importante tener muy presente que un paradigma de protección integral no implica asumir que la persona no tiene esa vulnerabilidad y que por lo tanto ejercerá sus derechos como cualquier otra que no sea parte de ese colectivo. Un niño no tiene el mismo grado de madurez a lo largo de su infancia. Las aptitudes y capacidades son dinámicas. No se trata simplemente que ejerza su autonomía en igualdad de condiciones que un adulto, sino de

asistirlo para que pueda realizar ese derecho en consonancia con su nivel de maduración y desarrollo.

En esta base aparece el concepto de Capacidad Progresiva, o Autonomía Progresiva, que permite asumir las decisiones del NNA como variables trascendentes al momento de tomar una decisión al respecto a su vida. En el Código civil y Comercial este concepto se encuentra receptado en el artículo 26 que establece que:

“Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.”

A tal punto se incorpora este concepto de capacidad progresiva en el nuevo código, que en los principios generales que rigen la Responsabilidad Parental (ex Patria Potestad), se establece que

“A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en los ejercicios de los derechos del hijo” (Art. 639 inc. b)

Es para destacar que el artículo 26 trata en particular de las decisiones sobre cuestiones personalísimas, y establece el principio general en el primer párrafo. No obstante ello sienta un lineamiento más que trascendente con respecto a la capacidad. Se trata del concepto de “edad y grado de madurez suficiente”, que se articulará con las obligaciones que emergen de la responsabilidad parental, tal como surge del juego armónico entre ambos artículos (art. 26 – art. 639)

Por su parte, el Principio de efectividad establece en el artículo 4 de la CDN que:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”

En la normativa especial (26.061) el principio de efectividad está dispuesto en el artículo 29:

“Los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”.

A partir de estos tres principios, establecidos en función de la vulnerabilidad del colectivo Infancia y Adolescencia, podemos empezar a analizar las diferentes calidades que pueden asumir los miembros del colectivo. Una de ellas es la calidad de usuarios y consumidores.

III. LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO USUARIOS Y CONSUMIDORES

Los usuarios y consumidores son, a su vez y por una suma de variables, la parte débil en la relación de consumo. Su debilidad se representa desde lo fáctico hasta lo político, pasando por lo socioeconómico, informativo, técnico, psicológico, etc.

La relación de consumo implica, justamente por la desigualdad entre partes, el principio *In dubio pro consumidor*, principio que ha sido receptado en el Código Civil y Comercial, en el artículo 1095.

Esta interrelación entre dos calidades de un sujeto -en este caso es niño y es usuario o consumidor- es necesario partir de la base que en la sociedad de consumo existe una relación de desigualdad entre los proveedores de bienes y servicios y los consumidores. Ello es el punto inicial porque nos permite advertir que estamos, entonces, frente a un colectivo (la infancia o adolescencia) que participa de dos vulnerabilidades simultáneas.

De la articulación del *Favor Minoris* y del *In dubio Pro Consumidor*, se desprende un doble estándar tuitivo, que da respuesta a las necesidades reales para el ejercicio de los derechos. Es por ello que cuando hablamos de NNA hablamos de usuarios y consumidores hipervulnerables.

El núcleo que protege la vulnerabilidad de los consumidores y usuarios participa de tres grandes grupos de derechos: Los primarios, los sustanciales y los estructurales⁴⁰⁴. El desafío aparece en cómo relacionamos este doble estándar de protección.

En primer término encontramos los derechos primarios, relativos a las funciones y a los deberes del Estado. Los derechos primarios podrían resumirse en el acceso al consumo, el derecho a la libertad de elección, el derecho a la educación para el consumo y el derecho al consumo sustentable.

En segundo lugar podemos referir a los derechos sustanciales, es decir las soluciones de fondo previstas por el ordenamiento. Entre ellos, Derecho a la salud y seguridad, Derecho

⁴⁰⁴ Stiglitz, Rubén y Gabriel Stiglitz, *Comentarios a la Ley de Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, Editorial JURIS-ROSARIO, 1993

a la protección de los intereses económicos, Derecho a la información, Derecho a la calidad de los servicios públicos, Derecho al trato digno y equitativo.

Por último podemos referir a los derechos instrumentales, que son aquellos que establecen los mecanismos de implementación de todos los anteriores. Aquí podemos mencionar al derecho a la organización y participación; y al derecho de acceso a la justicia.

Frente a un colectivo hipervulnerable, todos estos derechos se corresponden con una doble exigencia que le cabe al proveedor de los servicios de consumo. Por su parte, al referir a la infancia y adolescencia, los padres y/o los representantes legales de los NNA son parte fundamental en la relación de consumo que se produzca.

Es así que resulta necesario encontrar variables que reconozcan e incluyan a todas las partes involucradas. Ello implica alejarse del concepto de padres que deciden por sí solos, para acercarse al concepto de niños que opinan y cuya opinión es tenida en cuenta. Y aquí vale la pena detenerse un instante. Desde la ratificación de la CDN, este derecho a opinar, estaba expresamente reconocido. Sin embargo, entre “Opinión” y “Opinión que resulte considerada y tenida en cuenta” hay un largo camino. Con la sanción de la ley 26.061 ya no se trata sólo de manifestar una opinión (derecho que por otra parte le cabe a cualquier persona por su mera condición de tal) sino que es la posibilidad de participar activamente, transformándose en protagonista de la decisión adoptada.

Por supuesto que, nuevamente debemos recordar que no se trata de un adulto, sino de un niño, y es en base a su edad y grado de madurez que esas opiniones resultarán en mayor o en menor medida vinculantes para los adultos involucrados. El paradigma de protección integral, suma al sujeto vulnerable y nunca puede operar como una negativa de derechos. Los derechos existen más allá de la capacidad jurídica, el desafío viene en cuanto a la forma de ejercerlos.

Los principios, derechos y garantías expresados en la CDN, la sanción de la ley 26.061, preanunciaron el cambio que se imponía en el derecho codificado. Y así ocurre en la sanción del Código Civil y Comercial. La consagración en él del nuevo paradigma respecto de la condición jurídica de los NNA de edad trajo aparejado, como hemos visto, el reconocimiento de su capacidad progresiva, de su autonomía progresiva para ejercer sus derechos.

Entre los primeros puntos a tener en cuenta es que los NNA participan en las relaciones de consumo desde diferentes aspectos, esto es como consumidores, como usuarios, como usuario no contratante o como sujeto expuesto. En cualquiera de estos aspectos, el NNA gozará de una protección mayor a la que la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) les reconoce al resto de consumidores y usuarios ya que están alcanzados por el paradigma de protección integral que les corresponde en su condición de sujetos vulnerables.

IV. ¿EL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE COMO SUJETO CONTRATANTE?

La figura del consumidor aparece definida en el nuevo código civil y comercial de la nación en el artículo 1092, expresando que es aquel que “adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

La primera pregunta que surge es cuál es la aptitud, capacidad o competencia para realizar contratos que tienen los NNA. Para este análisis es necesario tener presente el concepto de capacidad progresiva que hemos desarrollado ut supra y los específicos con respecto a capacidad para contratar.

No existe material cuantioso del NNA como sujeto contratante, atento a que lo habitual es que el NNA aparezca con la figura de usuario no contratante o sujeto expuesto, sin embargo, en el tráfico de la vida cotidiana vemos cada vez mayor cantidad de relaciones de consumo que involucran a NNA.

De hecho, el Código Civil y Comercial tiene varios artículos dedicados a los contratos que pueden celebrar los NNA, aunque, si bien el eje central está puesto en la regulación de los contratos laborales, existe todo otro universo de relaciones contractuales que merece especial atención. Todos ellos se encuentran regulados en el **Título VII** de la Responsabilidad Parental, y en el Capítulo 8, Representación, disposición y administración de los bienes de los hijos.

Los artículos 681, 682 y 683 refieren a los contratos de tipo laboral que pueden desarrollar las personas menores de edad, por sí mismos o por sus representantes (universo que si bien excede el marco de presente trabajo, permite diseñar lineamientos rectores en cuanto a discernimiento y competencia). En cambio el artículo 684 hace referencia a los contratos de escasa cuantía que son celebrados por los NNA en su vida cotidiana.

Art. 684.- Contratos de escasa cuantía. Los contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana celebrados por el hijo, se presumen realizados con la conformidad de los progenitores.

Entre ellos cunden los ejemplos, como el uso de la tarjeta SUBE, las compras en kioscos, librerías, el contrato de permuta, de depósito, etc. Aquí encontramos varias relaciones de consumo. Del texto de la norma, pareciera desprenderse una presunción *iuris tantum*, respecto de la autorización dada por sus representantes.

Sin embargo, en la nueva normativa, no hay referencia específica alguna a los contratos de consumo realizados por las personas menores de edad, que superen la escasa cuantía. Por su parte, estos no están particularmente considerados como contratos de consumo. Ello significa que es necesario armonizar el juego de ambas situaciones sobre todo teniendo en cuenta, el uso de las nuevas tecnologías, que han modificado sustancialmente el acceso al consumo de manera directa por parte de los NNA.

Por otra parte, resulta importante referir que el término “escasa cuantía” no se utiliza en el sentido jurídico de “Justicia de Menor cuantía”, definida por Lynch como “un subsistema del sistema judicial, que atendiendo a las pequeñas causas contribuiría a la descongestión de los tribunales existentes, permitiendo al sistema alcanzar la celeridad y eficacia deseada por los justiciables⁴⁰⁵. Por el contrario, pareciera referirse a contratos cuyo monto resultara escaso, en una fórmula por demás ambigua.

El nuevo código, no obstante el silencio sobre la especificidad del tema, otorga varios lineamientos generales que permiten abordar la problemática. En primer término los artículos 26 y 639 de autonomía progresiva. Además de ellos, las directrices que pueden

⁴⁰⁵ LYNCH, Horacio M., *La Justicia de menor cuantía en la capital* ED 173., pág. 976.

extraerse de este marco del capítulo octavo. Por un lado la presunción de autorización de los hijos mayores de 16 años que ejercen empleo, profesión o industria, para los actos y contratos concernientes a este empleo, profesión o industria (art. 683). Por el otro, la presunción de autonomía para que los adolescentes puedan estar en juicio, conjuntamente con sus progenitores o de manera autónoma con asistencia letrada (art. 677).

También es necesario tener presente que aún con oposición de los progenitores el NNA puede estar en juicio civil con un tercero, como actor, con la debida asistencia letrada (art. 678).

En todos estos aspectos es necesario tener presente además la figura del abogado del Niño, que emerge del artículo 27 de la ley 26.061 y su decreto reglamentario 415/06.

Todo este marco normativo resulta el punto basal para analizar cómo y de qué manera un NNA participa como consumidor o usuario directo en una relación de consumo, qué consecuencias tiene esta relación en el ámbito jurídico y cuál será la situación de los terceros en ellas.

Afrontar el colectivo NNA como parte de una relación directa de consumo, exige asumir el doble estándar tuitivo, evitando que los conceptos de capacidad progresiva y posibilidad de contratar funcionen como herramientas para desproteger a estos consumidores.

Es trascendente asumir la mirada de un estándar que reconoce la calidad de sujeto de derecho, pero que no lo deja sólo en el ejercicio de sus derechos, sino que acompaña esa vulnerabilidad. “La consagración en el ámbito normativo del nuevo paradigma respecto de la condición jurídica de las personas menores de edad trajo aparejado el reconocimiento de su autonomía progresiva para ejercer sus derechos, lo que importó una reformulación del estatuto que regula la relación de los niños y adolescentes con sus padres o responsables, quienes dejaron de ser las personas a las que el ordenamiento jurídico les atribuía la facultad de ejercer legítimamente los derechos de que eran titulares sus hijos, para pasar a ser las personas primariamente obligadas a orientar y guiar a su hijos en el ejercicio de sus derechos.”⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ *Los derechos de NNA en el área de Salud*. Iniciativa derechos de Infancia, Adolescencia y Salud en Uruguay. Ed. Unicef Uruguay, Montevideo. 2012. P. 24

En ese sentido, es interesante el caso español del año 2008, donde se multó a una empresa de telefonía celular, por contratar servicios directamente con los niños, emitir la factura a nombre de estos, y ante la falta de pago ingresarlos al listado de deudores morosos⁴⁰⁷. Es que la calidad de sujeto de derechos de los NNA no significa, bajo ningún punto de vista, asumirlos como adultos.

En nuestro país, el planteo aún no ha trascendido a la jurisprudencia de manera numerosa, ya que el caudal mayor de estos conflictos se plantea en términos de litigios entre adultos. Es decir, al momento de litigar o reclamar, en general son los progenitores, quienes ejercen la representación.

El antecedente ineludible en el tema está dado por el fallo “Martínez c/ Carrefour”⁴⁰⁸, donde se publicitaban determinados productos con la motivación de un sorteo por un viaje a Disney a conocer los personajes de fantasía. Al hacerse acreedor del premio, el proveedor informa que el mismo no puede ser otorgado por ser el consumidor una persona menor de edad.

El fallo sostuvo que “El propietario de un comercio es responsable del daño sufrido por el ganador del sorteo de un viaje que no pudo disfrutar del premio por ser menor de edad, pues, más allá de si puede considerarse discriminatoria o no la cláusula por medio de la cual se impedía a los menores de veintiún años participar en el sorteo, lo cierto es que las características de la promoción —en el caso, el premio era un viaje a Disney y los productos a comprar estaban identificados con imágenes infantiles— permitían colegir que estaba dirigida a los niños y que ellos eran destinatarios del premio, por lo que al resultar confusa la publicidad, con mayor razón todos los requisitos debieron ser dados a conocimiento del público de manera clara y precisa”. El fallo, del año 2007, preanuncia la interpretación armónica de ambos paradigmas protectorios y trabaja particularmente el problema de la publicidad engañosa.

⁴⁰⁷ Diario El País, España, 9/12/2008

⁴⁰⁸ CNCiv., Sala L, “Martínez, Marisol y otro c. Carrefour Argentina S.A.”, 30/08/2007, LA LEY 09/05/2008, 5

V. HACIA UNA AMPLIACIÓN DE DERECHOS

Durante mucho tiempo se asumió la vulnerabilidad como una circunstancia que impedía el ejercicio de determinados derechos. El camino hacia el reconocimiento de las particulares circunstancias de determinados colectivos se orientó hacia su protección pero aspirando a que ésta no negara la calidad de sujeto de derecho.

Asumir el carácter de hipervulnerabilidad es dar un paso más allá. Es aspirar al efectivo protagonismo en el disfrute de los derechos. Ello implica reconocer la infancia y la adolescencia como un período de la vida que requiere por parte del ordenamiento el mayor esfuerzo posible en la efectivización de los derechos que les corresponden a los miembros del colectivo, teniendo presente que los derechos le pertenecen al sujeto por su calidad de tal.

Es decir, el derecho subjetivo es el eje, en tanto que el reconocimiento de la vulnerabilidad (o de la hipervulnerabilidad cuando ocurre más de una) orienta a encontrar los medios para la plena satisfacción de esos derechos asumiendo las cualidades particulares de estos sujetos.

Así, reconocer el protagonismo de los NNA en las relaciones de consumo que los involucran, permite armonizar el tráfico cotidiano con los lineamientos protectorios. Los NNA, son usuarios y consumidores directos cada vez más frecuentes, y la suma de proveedores que diseñan servicios y productos orientados a este público en particular crece de manera vertiginosa. Ello exige redoblar el esfuerzo, empoderando a estos colectivos a través de lineamientos que asuman sus cualidades especialísimas.

La ampliación de derechos que ha ocurrido en nuestro país en las últimas décadas respecto del reconocimiento y protección de los colectivos vulnerables es destacable. El desafío es profundizarlo.

UN DIÁLOGO DE CONSUMO Y DESARROLLO SUSTENTABLE.-

POR EMILIANO ESTEVARENA⁴⁰⁹

“Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deben reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas.”
Declaración de Río, Principio 8 (UN, 1992)

I. ESQUEMA GENERAL DE ANÁLISIS

Este trabajo parte de tres puntos: el diálogo de fuentes, el trialismo jurídico y el funcionamiento y la interrelación de los institutos del derecho del consumidor y del ambiental por sobre las definiciones, dejándole un rol periférico a construcciones teóricas doctrinarias. Asimismo, este trabajo se centrará en estudiar los siguientes fenómenos socioeconómicos que afectan a la sustentabilidad:

- la obsolescencia programada y su relación con el sobreendeudamiento y las garantías contractuales; y
- la obsolescencia percibida y su relación con la publicidad.

El principal desafío del siglo XXI es combatir las vulnerabilidades, un problema multidimensional⁴¹⁰ como se verá reseñado a lo largo de la obra. Desde la óptica de la sustentabilidad, las vulnerabilidades (en este caso, pobreza, contaminación y falta de

⁴⁰⁹ **Autor:** Emiliano ESTEVARENA, Traductor Público en inglés (UBA), emiliano.estevarena@yahoo.com.ar

Revisora: Yamila CASTAGNOLA, Abogada (UBA), yamilacastagnola@yahoo.com.ar

Coordinador: Sergio Sebastián BAROCELLI, Abogado (UBA), sbarocelli@derecho.uba.ar

⁴¹⁰ PNUD; *Informe sobre Desarrollo Humano 2014. Sostener el Progreso Humano: Reducir vulnerabilidades y construir resiliencia*, 2014, eISBN: 978-92-1-056665-0, p.47.

acceso al consumo sustentable) se combaten a través de una economía verde⁴¹¹ y circular⁴¹² que sea consonante con el desarrollo humano que brega la comunidad internacional. Nuestra intención es mostrar las respuestas – parciales – que puede proveer el derecho argentino en este panorama.

II. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

En este párrafo se reseñan distintas normas constitucionales en materia de consumo y medio ambiente que pueden servir como principios y guías rectoras de la discusión jurídica de la sustentabilidad.

Los tres principales artículos de la Constitución de la Nación Argentina aplicables en materia de consumo sustentable son los artículos 41, 42 y 43. El primero provee la protección del medio ambiente, el segundo la protección de los consumidores como clase socio-jurídica y el tercero la tutela de los derechos constitucionales en su dimensión colectiva.

El punto de partida está en comprender que un proveedor en el marco de una relación de consumo puede generar daño colectivo, lo que incluye al daño ambiental. En este sentido, la CSJN ha permitido el uso de la acción colectiva (art. 43 CN) para accionar contra cláusulas abusivas⁴¹³, y para impulsar políticas estatales relacionadas con la protección del medioambiente que han sido paralizadas a través del ejercicio de influencias (*lobby*) por parte de los proveedores⁴¹⁴.

La particularidad de la acción colectiva es su construcción axiológica, deductiva y constitucional. Esto quiere decir que no se trata de un mero rito o procedimiento sino de una garantía constitucional fundada en la necesidad de tutelar derechos constitucionales en

⁴¹¹ PNUMA, 2011, *Hacia una economía verde: Guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza*, www.unep.org/greenconomy, ISBN: 978-92-807-3143-9, p. 18.

⁴¹² SALCEDO AZNAL, ALEJANDRO; “*Las nuevas actitudes hacia el consumo y la producción: las mejores prácticas en el ámbito del consumo colaborativo y la obsolescencia planificada (Un mundo en tránsito)*”; en: <http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/estudio-vf.pdf> [Consultado el 06/09/2015].

⁴¹³ CSJN “*PADEC c/Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales*”. Sentencia: 21/08/2013, en: <http://www.gestion-publica.org.ar/sites/default/files/padeclegitimacion.pdf> [Consultado el 26/06/2015].

⁴¹⁴ CSJN, “*Fundación Medio Ambiente el EN - PEN - dto, 1638/12 - SSN ~ resol. 37.160 si medida cautelar autónoma*”. Sentencia: 11/12/2014, en: <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=717815> [Consultado el 02/07/2015].

su dimensión colectiva (art. 43 CN) y el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos (art. 25 CADH). En este sentido, sostenemos que una justicia efectiva (accesible, flexible y que remedie efectivamente las controversias) debe erigirse como un “pilar jurídico” de la sustentabilidad. Una meta yace en prevenir el daño ambiental y, de ser imposible, proveer una respuesta sustancial y sostenible⁴¹⁵.

En segundo lugar, el artículo 42 CN provee la protección del consumidor como clase socio-jurídica, lo que incluye a los consumidores potenciales y a aquellas personas expuestas al riesgo de una actividad o bien producido en el marco de una relación de consumo⁴¹⁶. Dado que el consumidor es un sujeto vulnerable, se le garantizan por lo menos tres derechos fundamentales y esenciales para la sostenibilidad: información, salud y protección económica.

En tercer lugar, el artículo 41 CN provee a la protección del medioambiente, al desarrollo humano y a la equidad intergeneracional. Aquí entran en juego dos principios, el de desarrollo, que explicaremos más adelante, y la equidad intergeneracional. Este último principio provee que el derecho a un medioambiente sano y apto para el desarrollo humano le sea garantido a las generaciones venideras.

Para garantizar la equidad intergeneracional, la huella ecológica humana debe ser inferior a la biocapacidad del planeta. Para medir si esto se cumple, el PNUD estipula umbrales de consumo a nivel local y global, que de ser superados podrían generar un riesgo a la equidad intergeneracional. Un país que tenga niveles de consumo por encima de su umbral local o el umbral global es uno que se desarrolla insosteniblemente⁴¹⁷.

Ahora bien, la cuestión de la sustentabilidad no es exclusivamente una de consumo sino también una de desarrollo. Además de garantizar un medioambiente sano y apto para el desarrollo, la normativa fundamental tiene una cláusula de desarrollo (art. 75.19 CN), a la

⁴¹⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; “*EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. ESTUDIO DE LOS ESTÁNDARES FIJADOS POR EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS*”; en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/AccessoDESC07sp/Accessodesci-ii.sp.htm> [Consultado el 22/06/2015].

⁴¹⁶ CSJN, “*Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios*” – Sentencia: 06/03/2007. Con comentario de Garrido Cordobera, Lidia M. R., “*Mosca y la reparación de los daños con motivo de encuentros futbolísticos*” • LA LEY 2007-C, 118

⁴¹⁷ PNUD; *Informe sobre Desarrollo Humano 2014. Sostener el Progreso Humano: Reducir vulnerabilidades y construir resiliencia*, 2014, eISBN: 978-92-1-056665-0, p.50.

vez que acoge normas internacionales de derechos humanos (art. 75.22 CN) que promueven el desarrollo humano (art. 26 CADH).

Este último derecho tiene dos fases: una basada en el principio de no regresión y otra en el de progresividad. Este es un derecho social, que según Pérez Bustamante también incluye el derecho al consumo sustentable. Por ello, la falta de progresividad en las políticas de sustentabilidad puede resultar en una violación al derecho al desarrollo⁴¹⁸.

Asimismo, corresponde resaltar el juego del principio *pro homine* con el principio de no regresión en materia de derechos humanos. De conformidad con el primero, se deberá estar por la protección más extensa de los derechos humanos. El segundo indica que los ordenamientos jurídicos no pueden desandar su camino en materia de conquista de derechos humanos. Estos principios tornan irrazonables todo tipo de construcciones como “el curso normal del negocio” o “prácticas comerciales normales” por parte de los proveedores para desentenderse del cumplimiento del deber genérico de no dañar⁴¹⁹.

Estos derechos entran en pugna contra el artículo 17 de la Constitución de la Nación Argentina, que garantiza el derecho a la propiedad privada como pilar del sistema de producción capitalista. Sin embargo, corresponde aclarar que por virtud del artículo 28 CN, ningún derecho constitucional es absoluto. Por ello, resulta necesario ponderar el ejercicio de este derecho a través de distintas normativas, a saber, los arts. 17, 41, 43 y 75.19 CN, junto con los arts. 21.2 y 26 CADH⁴²⁰.

En primer lugar, el mismo artículo 17 CN regula la expropiación por razones de utilidad pública y el art. 43 CN indica que todos los derechos constitucionales tienen una dimensión colectiva, los cuales se erigen como límites a la explotación individual de la propiedad. En igual sentido, el art. 41 CN introduce el principio de equidad

⁴¹⁸PÉREZ BUSTAMANTE, LAURA; *Los derechos de la sustentabilidad: desarrollo, consumo y ambiente*; Buenos Aires, Ediciones Colihue, 2007, pp. 236-237.

⁴¹⁹GARRIDO CORDOBERA, LIDIA MARÍA ROSA; “El desafío ambiental del SXXI: la aplicación de los principios de no regresión, de solidaridad y pro homine”, en: http://www.acaderc.org.ar/doctrina/el-desafio-ambiental-del-siglo-xxi.-la-aplicacion-de-los-principios-de-no-regresion-de-solidaridad-y-pro-homine/at_download/file [Consultado el 02/07/2015].

⁴²⁰La inclusión de esta teoría fue disparada por la lectura de una teorización que postula que el derecho a la propiedad tiene tres elementos o funciones: la clásica-individual, la función social y la función ambiental. Si bien la teoría resulta interesante, tras analizar las normas en las que se basa esta teoría se nota el riesgo de confusión de principios y normas constitucionales, lo cual puede traer resultados adversos a la hora de hacer un trabajo interpretativo basado en el diálogo de fuentes (ver: PÉREZ PEJICIC, GONZALO, “PRIMER ENSAYO SOBRE LA FUNCIÓN AMBIENTAL DE LA PROPIEDAD”, en: *Lecciones y Ensayos*, n° 92, 2014, Buenos Aires, ISSN (en línea): 2362-4620, pp. 129-169).

intergeneracional así como el art. 75.19 CN postula la cláusula de desarrollo. Así también, a través del art. 26 CADH puede construirse la idea de que el ejercicio del derecho a la propiedad privada deba erigirse en un motor del derecho al desarrollo humano, fundado en la progresividad y la no regresión. Este diálogo entre los principios y derechos mencionados permitiría elaborar un estándar de razonabilidad a partir del cual se pueda garantizar un ejercicio sostenible del derecho a la propiedad privada.

Similarmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indica que el derecho a la propiedad en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) debe entenderse dentro del contexto de una sociedad democrática que requiere de medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales en pos de la prevalencia del bien común y los derechos colectivos. En este sentido, la limitación del ejercicio del derecho a la propiedad en vista de la función social de la propiedad puede ser vital para garantizar este derecho. Por ello, el Estado puede limitar dicho ejercicio si su accionar está fundado en razones de interés público o utilidad social⁴²¹.

III. DERECHO PRIVADO, DERECHO DEL CONSUMIDOR Y DERECHO AMBIENTAL: NORMAS GENERALES

El punto de partida en materia de diálogo de fuentes en derecho privado es el juego entre los artículos 1,2 y 12 del CCyCN. Estos indican que toda interpretación entre dos ramas del derecho privado debe hacerse a la luz de la normativa constitucional en vista del proceso de constitucionalización del derecho privado. Asimismo, corresponde aplicar en estos casos los principios de interpretación y valores jurídicos de fuente constitucional, ya que ellos ostentan jerarquía suprallegal y tienen operatividad inmediata⁴²².

Aquí nos detendremos a ponderar dos ramas del derecho: consumo y medioambiente. Para que estos derechos funcionen en armonía, una solución aportada desde una rama distinta al

⁴²¹CORTE IDH, “*Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*”. Sentencia de 6 de mayo de 2008 (*Excepción Preliminar y Fondo*), en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.doc [Consulta: 30/09/2015].

⁴²²CÁMARA DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DEPARTAMENTAL II, SALA II, DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, “*Banco Industrial Sociedad Anónima c/ Suárez, Roque Ramón s/ Cobro Ejecutivo*”. Sentencia: 14/05/2015, en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/06/Sentencia-24.pdf> [Consulta: 29/09/2015].

derecho ambiental a una problemática multidimensional como la sostenibilidad no puede hacerse en contra del orden público (art. 12 CCyCN). Por ello, a la hora de plantear una solución desde el sistema de defensa del consumidor, las recetas que prueben ser insostenibles o supongan una regresión en el desarrollo sostenible deberán rechazarse en atención a que el derecho privado no tolera el ejercicio abusivo de los derechos, en especial si mediante dicho ejercicio se vulneran derechos de incidencia colectiva (art. 10 y 240 CCyCN).

Los artículos 1 y 2 CCyCN indican que las normas del derecho privado deben interpretarse de conformidad con su finalidad y de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, a los fines de proveer coherencia al diálogo de fuentes⁴²³. En este sentido, interpretar normas de manera irracional, exegética o según teorías del derecho sin tener en cuenta los principios rectores de una determinada rama del derecho puede llevar a situaciones jurídicamente indeseables en las que una persona humana puede hallarse desprovista de la tutela judicial efectiva de sus derechos⁴²⁴.

Aclarar este principio es necesario, en parte, porque la definición de ambiente provista en el artículo 240 del CCyCN que gira en torno a los “*distintos ecosistemas*” puede resultar un tanto escueta a la luz de la finalidad perseguida por la ley si se compara, por ejemplo, con aquella provista por la norma 3.2 de las normas IRAM-NM-ISO 14001 sobre sistemas de gestión ambiental:

“**3.2 medioambiente:** [e]ntorno en el cual opera una organización, incluyendo el aire, el agua, el suelo, los recursos naturales, la flora, la fauna, los seres humanos y sus interrelaciones”⁴²⁵.

En particular el CCyCN protege al medioambiente a través del juego de los artículos 14, 240, 1737 y concordantes. El primero reconoce los derechos en su dimensión individual y colectiva. El segundo prohíbe el ejercicio de los derechos individuales con miras de afectar a los derechos de incidencia colectiva y al medioambiente en especial. El último reconoce

⁴²³ LORENZETTI, LUIS RICARDO, dir., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, Tomo I, pp. 37-39.

⁴²⁴ CORTE IDH, “*Caso Cantos vs. Argentina*”, Sentencia de 7 de septiembre de 2001 (excepciones preliminares), en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_85_esp.pdf [Consultado el 14/08/15].

⁴²⁵ IRAM-NM-ISO 14001:2002, Norma MERCOSUR, *Sistemas de Gestión Ambiental*, Primera edición, 2002-01-31, p.2.

el daño en su dimensión individual y colectiva, y la importancia de su prevención y reparación. En materia de acciones, el CCyCN reconoce dos tipos de acciones: la resarcitoria (art. 1716) y la preventiva (art. 1710). La acción preventiva es una novedad del código que permitirá plasmar en la arena judicial el principio de prevención ambiental (art 4 LGA).

Asimismo, el CCyCN tiende el puente entre la protección del medioambiente y la defensa del consumidor a través del artículo 1094, el cual le otorga un rol central al acceso al consumo sustentable⁴²⁶. Sin acceso al consumo sustentable, será difícil encarar un desarrollo sostenible⁴²⁷, algo que quedará más claro después de analizar la obsolescencia.

Por su parte, Pérez Bustamante arguye que el acceso al consumo sustentable es esencial al desarrollo humano por cuanto la falta de acceso empobrece al consumidor y lo coloca en una situación de vulnerabilidad que lo inserta en un ciclo vicioso caracterizado por una escasez que impide el desarrollo sustentable⁴²⁸. En este sentido, la interpretación del derecho del consumidor y del derecho ambiental a través del derecho al acceso al consumo sustentable debe erigirse como la principal herramienta axiológica que el derecho otorga para construir resiliencia frente a la vulnerabilidad producida por la insostenibilidad.

En materia de derecho ambiental, el artículo 4 de la Ley General del Ambiente enumera los principios que rigen a esta rama del derecho y, por tanto, el modo en que deben interpretarse las normas jurídicas a la luz del derecho ambiental. A continuación indicamos algunos de los que tendrán especial relevancia a lo largo de este texto:

- Principio de prevención: las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.
- Principio de equidad intergeneracional: los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras.

⁴²⁶CATALANO, MARIANA INÉS; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, LORENA; “Consumo Sustentable” en Revista de Derecho Ambiental, Bs.As., N°31 (jul./sept. – 2012), p.108,

⁴²⁷PÉREZ BUSTAMANTE, LAURA, *Los derechos de la sustentabilidad: desarrollo, consumo y ambiente*; Buenos Aires, Ediciones Colihue, 2007, pp. 229 y 232.

⁴²⁸PÉREZ BUSTAMANTE, LAURA, *Los derechos de la sustentabilidad: desarrollo, consumo y ambiente*; Buenos Aires, Ediciones Colihue, 2007, pp. 15-17.

- Principio de progresividad: los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.
- Principio de sustentabilidad: el desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.
- Principio de solidaridad: la Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos.

En materia procesal, se puede iniciar una acción por vía individual o por vía colectiva según la dimensión del daño. Dadas las características del daño ambiental, lo más común es que esta acción sea colectiva y se sustancie en un proceso sumarísimo ante la interposición del recurso de amparo (art. 43 CN y art. 30 LGA). Asimismo, la acción colectiva puede sustanciarse en un proceso ordinario. Esto se debe a que no se requiere que un proceso esté específicamente regulado para hacer valer un derecho⁴²⁹. Además, corresponde agregar que en materia ambiental la sentencia de una acción colectiva puede decidir sobre cuestiones que excedan los hechos controvertidos (art. 32 LGA) y tiene efecto erga omnes (art. 33 LGA), en otras palabras, también obliga a terceros ajenos al proceso.

En materia de derecho del consumidor resultan de especial interés el beneficio de litigar sin gastos, la carga la prueba sobre el proveedor (art. 53 LDC) y los daños punitivos (art. 52 LDC). Los primeros dos institutos resultan una clara ventaja a la hora de litigar. El tercero es interesante solo en la medida de las limitaciones del derecho de daños argentino, de tipo resarcitorio-preventivo.

El acreditar un daño colectivo y la aplicabilidad del derecho de defensa del consumidor, le da a los accionantes el derecho a peticionar daños punitivos. El secreto está en cómo sustanciar este pedido. La función punitiva del derecho de daños es accesoria; por ello,

⁴²⁹CSJN “Egües, Alberto José c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”. Sentencia: 29/10/1996, en: <http://ar.vlex.com/vid/-39673276>[Consultado el 26/06/2015].

primero se solicita una indemnización por daños o perjuicios o cualquier otro tipo de medida reparadora de carácter principal en materia de derecho de daños. Accesoriamente, se solicita daños punitivos alegando que ha habido incumplimiento grave de los deberes impuestos por el sistema de defensa del consumidor en cuanto el daño colectivo ha generado un riesgo grave a la seguridad y la salud de los consumidores. De este modo, se podrá aprovechar el derecho de daños argentino en sus tres funciones: la preventiva, la resarcitoria y la punitiva. Sin embargo, corresponde aclarar que el monto máximo de daños punitivos en materia de defensa del consumidor (ARS 5.000.000) puede resultar irrisorio a la hora de generar un efecto punitivo real.

El uso de daños punitivos es una diferencia entre el sistema de defensa del consumidor y el derecho ambiental. Ello se debe a que el texto final del Código Civil y Comercial de la Nación excluyó el instituto de la sanción pecuniaria disuasiva (artículo 1714 del Proyecto del CCyCN). Los fundamentos del Proyecto justificaban la necesidad de este instituto para la punición del dañador en materia de defensa de consumidor y de afectación de derechos de incidencia colectiva. Asimismo, se había pensado en dar al juez la facultad de disponer el monto observando una serie de criterios, así como del destino de los daños⁴³⁰. Teniendo en cuenta ello, sería interesante a futuro considerar este precedente legislativo para expandir el derecho de daños argentino.

IV. RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA

En paralelo a la regulación estatal, últimamente las empresas están actuando a través de lo que se conoce como Responsabilidad Social Empresaria, un conjunto de normas blandas (no son normas jurídicas en sí ni son vinculantes) que lleva a las empresas a tomar sus decisiones a través del marco de “Proteger, Respetar y Remediar” los derechos humanos, incluida la protección del medioambiente, como se expresa, por ejemplo, en las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

Los principios de estas directrices están basados en el deber de no dañar, la protección de los derechos humanos, la promoción del desarrollo sustentable y la capacitación del capital

⁴³⁰LORENZETTI, RICARDO LUIS Y OTROS; *Fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*, pp. 178-182, en: <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf> [Consultado el 05/10/2014].

humano, entre otros principios. Como medidas, se sugiere que se implementen controles internos y la debida diligencia basada en los riesgos, y que se impida o minimice todo impacto negativo de la actividad de la multinacional. En este marco de las Naciones Unidas de “Proteger, Respetar y Remediar”, o marco Ruggie, las empresas no pueden desentenderse de su responsabilidad de respetar los derechos humanos, independientemente del grado de protección de los derechos humanos que otorguen los Estados en los que las empresas operan. También se enfatiza sobre la importancia del derecho a la información en tanto y en cuanto es responsabilidad de la empresa educar al consumidor para que pueda tomar decisiones complejas en atención a las características actuales de los mercados⁴³¹.

Si buscamos analogías de las directrices de la OCDE en el marco del Código Civil y Comercial de la Nación, es posible mencionar que en relación con el daño colectivo se considera también la noción de riesgo (arts.1719, 1733 inc. e), 1757 y concordantes) y la noción de culpa (art. 1724) si se quiere atribuir responsabilidad por falta de debida diligencia basada en el riesgo. Corresponde, sin embargo, aclarar que el factor de atribución en materia de riesgo es objetivo. La función preventiva del derecho de daños en Argentina no solo puede corresponderse a la función de “Remediar” sino también a la de evitar y minimizar el impacto negativo del actuar de las empresas (arts. 1710 y 1711).

En este instrumento internacional también se recomienda crear sistemas de gestión ambiental. Estos sistemas se basan en las normas ISO 14001 y son adoptados por las empresas que buscan fortalecer su marca a través del fenómeno de la responsabilidad social empresaria a la vez que aumentar su competitividad. Este tipo de medidas son factores preventivos y mitigantes del daño ambiental⁴³². Las normas ISO están dirigidas a organizaciones, entendidas como personas jurídicas de carácter público o privado o bien parte de ellas⁴³³.

Asimismo, los instrumentos de derecho blando analizados, muestran una posibilidad: apostar a la regulación de la actividad de las personas de naturaleza privada a nivel

⁴³¹OCDE (2013), Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es> [Consulta: 05/07/2015]

⁴³²FERRER MÁRQUEZ, ANTONIO, MUÑOA BLAS, ÁNGEL, *Sistemas de gestión ambiental: guía para la intervención de los trabajadores*, Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud (ISTAS), abril de 2010, en: <http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/trabajo/file/delegados%20ambientales/Guia-SGA.pdf> [Consulta: 16/09/2014].

⁴³³IRAM-NM-ISO 14001:2002, Norma MERCOSUR, *Sistemas de Gestión Ambiental*, Primera edición, 2002-01-31, p.3.

internacional⁴³⁴. En este sentido, es necesario que el consumo sustentable sea solidario a nivel local y global, como lo sugiere el PNUD a través de sus umbrales de consumo local y global⁴³⁵. Por ejemplo, una cuestión que requiere de una solución solidaria a nivel internacional es la exportación ilegal de basura electrónica a países como Ghana⁴³⁶.

Esta convergencia hacia la necesidad de abordar el desarrollo sustentable de manera solidaria a nivel local y global se refleja principalmente en los instrumentos de derecho blando. En especial, los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos elaborados por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos enfatizan sobre la necesidad de que las empresas y los Estados en el marco de relaciones multilaterales cooperen en la protección de los derechos humanos:

“10. Los Estados cuando actúen en calidad de miembros de instituciones multilaterales que tratan cuestiones relacionadas con las empresas, deberán:

a) Tratar de asegurarse de que esas instituciones no limiten la capacidad de los Estados miembros de cumplir su deber de protección ni pongan trabas a la observancia de los derechos humanos por las empresas;

b) Alentar a esas instituciones, en el marco de sus respectivos mandatos y capacidades, a promover el respeto de los derechos humanos entre las empresas y a ayudar a los Estados que lo soliciten a cumplir su deber de protección contra las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas, en particular mediante iniciativas de asistencia técnica, fomento de la capacidad y sensibilización;

⁴³⁴El derecho internacional tiene una regulación netamente vertical que responsabiliza a los Estados por las violaciones a los derechos humanos que cometan u omitan prevenir y reparar (Principio 1 de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos). A pesar de ello, existen casos particulares donde esta responsabilidad recae en personas de naturaleza privada. Ver: Art. 3 del Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos de 1969; y TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO, “*Walrave y Koch*”, Sentencia: 12/12/1974, en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61974CJ0036&from=EN> [Consultado el 05/07/2015]. Para más información en esta teoría leer: RATNER, STEVEN R., *Corporations and Human Rights: a Theory of Legal Responsibility*; en: http://www.yalelawjournal.org/pdf/371_kuad2tov.pdf [consultado el 05/07/2015].

⁴³⁵PNUD; *Informe sobre Desarrollo Humano 2014. Sostener el Progreso Humano: Reducir vulnerabilidades y construir resiliencia*, 2014, eISBN: 978-92-1-056665-0, p.47.

⁴³⁶ALJAZEERA “*InsideGhana’s electronicwasteland*”, 02/11/2013, en: <http://www.aljazeera.com/indepth/features/2013/10/inside-ghana-electronic-wasteland-2013103012852580288.html> [Consultado el 07/03/2016].

c) *Inspirarse en estos Principios Rectores para promover el mutuo entendimiento y la cooperación internacional en la gestión de problemas relacionados con las empresas y los derechos humanos*⁴³⁷.

En resumen, la responsabilidad social empresarial y la normativa jurídica a nivel nacional e internacional hacen foco sobre la importancia de la prevención del daño ambiental y la necesidad de desarrollarse sustentablemente, ambas problemáticas intrínsecamente relacionadas con los derechos humanos. Cada régimen regulatorio tiene su enfoque particular, el derecho se centra en la imposición de sanciones; mientras que, la responsabilidad social empresarial se enfoca sobre la conveniencia económica de “Proteger, Respetar y Remediar” los derechos humanos⁴³⁸.

V. OBSOLESCENCIA

La obsolescencia es quizás el mayor desafío de la sociedad de consumo en lo que concierne al desarrollo de una economía sustentable. Esto se debe a que esta problemática está estrechamente relacionada con la forma en que generamos residuos como sociedad. No basta con aprender cómo tratar los residuos, sino que también debe haber una cultura de producción y consumo sustentable. La obsolescencia implica el fin de la utilidad de un producto que suele ser descartado. Existen distintos tipos de obsolescencia⁴³⁹:

- La obsolescencia programada es la fabricación de productos con defectos calculados para provocar el fin de la vida útil de un producto para así acelerar el consumo y el ciclo de renovación de los productos de manera abusiva.
- La obsolescencia indirecta ocurre cuando los productos son imposibles de reparar porque el diseño no lo permite, no se fabrican piezas de repuesto o no se informa al consumidor acerca de la posibilidad de reparar el producto. Entonces,

⁴³⁷ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, en: http://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf [Consultado el 02/05/2016].

⁴³⁸ ISEA SILVA, RICARDO.; “*Las empresas y los derechos humanos*”, septiembre de 2011, p.12, en: http://www.iese.edu/es/files/cuaderno12_final_tcm5-71129.pdf [Consultado el 05/07/2015].

⁴³⁹ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (CESE); “*DICTAMEN del Comité Económico y Social Europeo sobre “Por un consumo más sostenible: la duración de la vida de los productos industriales y la información al consumidor para recuperar la confianza (dictamen de iniciativa)”*”; apartado 2.4; en: https://webapi.eesc.europa.eu/documents/anonymous/ces1904-2013_00_00_tra_ac_es.doc [Consultado el 06/09/2015].

cuando un producto cuya obsolescencia está programada falla, al consumidor no le queda más remedio que descartarlo.

- La obsolescencia por incompatibilidad suele darse con nuevos sistemas operativos que no son compatibles con los productos, los cuales llegan al fin de su vida útil.
- La obsolescencia psicológica o percibida surge de campañas de marketing que sugieren a los consumidores que determinados productos deben percibirse como obsoletos.

Llevar estas prácticas a gran escala y de forma acelerada causa que se generen toneladas de basura en exceso. Para tomar dimensión de esto, se estima que el número de residuos sólidos anual a nivel mundial equivale a 11.000 toneladas y supone cerca del cinco por ciento de las emisiones de gases de efecto invernadero. Ante este escenario, existe un mercado mundial de tratamiento de residuos, que formalmente tiene un valor estimado de 410.000 millones de dólares, está en pleno crecimiento y es una de las mayores fuentes de empleo en la actualidad⁴⁴⁰.

Sin embargo, el tratamiento inadecuado de residuos puede incrementar las probabilidades de que ocurra un daño ambiental. Métodos indeseables de tratamiento de residuos como los rellenos sanitarios y la incineración, no solo afectan a la seguridad y la salud de los circunstantes⁴⁴¹ sino que también resultan en una reducción significativa de las propiedades y de otras actividades económicas circunstantes al área en donde estos métodos de disposición se practican. Es por ello, que este tipo de prácticas suelen ser comunes en los barrios pobres, lo que genera un problema grave de vulnerabilidad y falta de equidad, sin contar los costos que genera recuperar esas zonas contaminadas⁴⁴².

Incluso, la obsolescencia puede llevar a los consumidores vulnerables a sobreendeudarse para terminar consiguiendo solo productos de baja calidad y no sostenibles. En este punto, los consumidores están protegidos en el derecho argentino como clase socio-jurídica, en especial en materia de protección de intereses económicos, punto de partida para cualquier solución jurídica en materia de acceso al consumo sustentable.

⁴⁴⁰PNUMA, 2011, *Hacia una economía verde: Guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza*, www.unep.org/greeneconomy, ISBN: 978-92-807-3143-9, p. 328-329.

⁴⁴¹Esta palabra de uso común se utiliza para denominar al sujeto expuesto al riesgo de una actividad o una cosa.

⁴⁴²PNUMA, 2011, *Hacia una economía verde: Guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza*, www.unep.org/greeneconomy, ISBN: 978-92-807-3143-9, p. 338.

El derecho no está exento de la discusión de la obsolescencia ni del sobreendeudamiento, dado que el derecho evoluciona en el tiempo para dar respuestas a las nuevas problemáticas sociales. Más aun cuando la protección crediticia del consumidor frente a un fenómeno como el sobreendeudamiento, que es contrario a la finalidad perseguida por la actividad financiera, se resume en el proceso concursal (Ley 24.522)⁴⁴³ y, por tanto, resulta insuficiente. Las eventuales respuestas jurídicas que surjan en torno a la sustentabilidad de los productos y a la calidad crediticia son un reflejo de la sociedad discutiendo su desenvolvimiento y su evolución⁴⁴⁴.

Para combatir la obsolescencia desde lo económico, se recomienda promover el diseño ecológico de los productos, una economía circular y una economía de la funcionalidad que reemplace a la de la posesión. Esto volvería una economía competitiva sin dañar los intereses económicos del consumidor. La economía de ciclo cerrado o circular es un sistema de producción que maximiza la vida útil de los productos y minimiza el desperdicio y la pérdida de recursos valiosos. En sentido contrario al paradigma lineal actual de usar y tirar, la manufactura en ciclo cerrado logra la eficiencia del ciclo de vida facilitando el mantenimiento y la reparación; el reacondicionamiento y la re-manufactura; el desmantelamiento y el reciclaje final⁴⁴⁵.

Un ejemplo de este tipo de economías se refleja en el parque eco-industrial de Kalundborg, Dinamarca. En estos parques, los residuos industriales de una fábrica son utilizados como materia prima por otras. Allí, las plantas de carbón generan residuos de desulfuración que luego son usados como materia prima por fabricantes de superficies de yeso⁴⁴⁶.

Desde la perspectiva del derecho del consumidor, la obsolescencia puede analizarse a partir del derecho a la información y la obligación de saneamiento. La información sobre la vida útil de un bien, su versatilidad y la posibilidad de repararlo así como sus garantías debería ser lo primero que debe informarse con respecto a un producto. Esta información

⁴⁴³BIETTO, PAULA, COLOMBO, MARÍA CELESTE, Y GÓMEZ SEGURA, JUAN CRUZ, “*El sobreendeudamiento del consumidor en el derecho argentino, ¿es adecuada la respuesta del legislador?*”, en: <http://www.jndc.com.ar/00%2008/08%2004.htm> [Consultado el 19/02/2014].

⁴⁴⁴BELTRAMO, ANDRÉS NICOLÁS; ESTEVARENA, EMILIANO; “*La tutela del consumidor sobreendeudado en el derecho argentino*” en *Lecciones y Ensayos*, n° 92, 2014, Buenos Aires, ISSN (en línea): 2362-4620, pp. 197-214.

⁴⁴⁵SALCEDO AZNAL, ALEJANDRO; “*Las nuevas actitudes hacia el consumo y la producción: las mejores prácticas en el ámbito del consumo colaborativo y la obsolescencia planificada (Un mundo en tránsito)*”; en: <http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/estudio-vf.pdf> [Consultado el 06/09/2015].

⁴⁴⁶PNUMA, 2011, *Hacia una economía verde: Guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza*, www.unep.org/greeneconomy, ISBN: 978-92-807-3143-9, p. 291.

debe ser suministrada de forma gratuita, clara, veraz, adecuada y en idioma nacional, antes o al momento de contratar con el proveedor (art. 42 CN; arts. 4 y 10 LDC; art. 1100 CCyCN). La posibilidad del consumidor de informarse respecto de estas cuestiones redundará en una mejor toma de decisiones. En este sentido, la formación del consumidor respecto de la protección del medioambiente y la utilización eficiente de los recursos puede ser útil, especialmente si se inculca en la educación secundaria. Una de las claves para una cultura del consumo es la formación de consumidores conscientes (ver art. 61 Ley de Defensa del Consumidor).

La obligación de saneamiento es una obligación que surge al momento de contratar con el proveedor, en la que el proveedor se compromete a subsanar los vicios o defectos de un determinado bien (art. 1034 CCyCN), independientemente de si fue adquirido a título gratuito u oneroso (art. 1 LDC y art. 1092 CCyCN). Ante la aparición del vicio o defecto, el consumidor puede reclamar la reparación de los defectos, el reemplazo del bien por uno similar cuando es fungible o a resolver el contrato, y a obtener una indemnización. El consumidor puede optar por la rescisión aun cuando el proveedor ofrece subsanar un defecto (art. 10bis LDC).

La obligación de saneamiento es de fuente legal, aunque puede ser extendida convencionalmente, pero nunca limitada. En materia de bienes muebles, tiene un plazo de seis meses desde su puesta en funcionamiento o recepción, independientemente de si es nueva o usada. Si el bien es inmueble, tiene un plazo desde tres meses desde su recepción (art. 1055 CCyCN). Asimismo, incluye un servicio técnico y el suministro de partes y repuestos (art. 12 LDC).

La garantía legal que surge de la obligación de saneamiento debe instrumentarse por escrito. Este instrumento se conoce como “Certificado de Garantía”, y debe incluir los siguientes datos (art. 14 LDC):

- la identificación del vendedor, fabricante, importador o distribuidor, quienes son solidariamente responsables por el cumplimiento de la garantía legal;
- la identificación de la cosa con las especificaciones técnicas necesarias para su correcta individualización;

- las condiciones de uso, instalación y mantenimiento necesarias para su funcionamiento;
- las condiciones de validez de la garantía y su plazo de extensión; y
- las condiciones de reparación de la cosa con especificación del lugar donde se hará efectiva.

Toda reparación debe acompañarse con una constancia de reparación que contenga la información pertinente (art. 15 LDC). Durante la reparación, se suspende el plazo de la garantía (art. 16 LDC). De no resultar satisfecho con la reparación, el consumidor puede solicitar la sustitución de la cosa, devolver la cosa y solicitar reembolso, o pedir una quita proporcional. Queda a salvo en cualquiera de los casos, el derecho a accionar por daños. La sustitución de la cosa reinicia el plazo de la garantía (art. 17 LDC).

Antes de continuar con el siguiente párrafo, es necesario volver a detenerse en el plazo de las garantías para bienes muebles. En defensa del consumidor hay dos tipos de garantías: la garantía legal por defectos, específica de la Ley de Defensa del Consumidor, y la garantía por vicios ocultos, específica del Código Civil y Comercial de la Nación. Por imperio del principio de interpretación de la norma más favorable al consumidor, es necesario preguntarse qué plazo aplica en materia de garantías legales ¿el de 3 meses para bienes usados del artículo 11 de la Ley de Defensa del Consumidor o el de 6 meses del artículo 1055 del Código Civil y Comercial de la Nación? La interpretación de estas normas nos lleva a inclinarnos favorablemente sobre la última.

Sin embargo, el plazo de garantía legal puede resultar corto en virtud de lo descripto en materia de buscar ciclos de renovación de bienes más largos. De todos modos, la iniciativa de algunas empresas es dar garantías convencionales por plazos más largos, algo que responde a la necesidad de crear una marca sólida y a la responsabilidad social empresaria.

VI. PUBLICIDAD

Al analizar la obsolescencia, se refirió al fenómeno de la obsolescencia psicológica o percibida; esto es, las campañas publicitarias destinadas a sugerir los consumidores que determinado bien está obsoleto, más allá de que todavía tenga vida útil. En este sentido, la

meta particular de este párrafo estará en dilucidar cuál es la situación jurídica de este tipo de publicidades en el derecho argentino.

Antes de hacer todo juicio ético sobre las publicidades que sugieren la obsolescencia de un determinado producto hay que partir del hecho que las decisiones de las personas no se basan en modelos racionales, como la economía tradicional sugiere, si no que sus propósitos y motivos también se basan en conductas que no se ajustan a los modelos racionales, como sugiere la economía conductual.

Lo cierto es, sin embargo, que una persona en una situación económica estable no necesariamente tiene una compulsión a consumir. Si esta compulsión estuviere ausente, se estancaría la economía porque el volumen de producción actual requiere de un ciclo acelerado de reposición de bienes; en otras palabras, hay sobreproducción⁴⁴⁷. En 1955, el senador Alexander Wiley de Wisconsin, alias el “senador del queso”, ante una crisis de sobreproducción del queso que se originó en su Estado dijo: “Nuestro problema no consiste en que se produce demasiado sino en que se consume muy poco”⁴⁴⁸. A partir de esta incipiente crisis, nace la necesidad de generar necesidades en los consumidores, incluso aquellas que los consumidores nunca hubieran imaginado o creído necesitar.

Como se ha dicho, cuando los consumidores tienen todos los bienes que necesitan, normalmente no tenderían a reponerlos hasta que se termine su vida útil. Este es el punto de inflexión en el cual la publicidad y el diseño comienzan a utilizarse estratégicamente para inducir en el consumidor la necesidad, a partir de la insatisfacción, de reponer bienes que aún tienen vida útil. Así, lo subjetivo encuentra su lugar en el mercado: mantener un esquema de producción acelerado con un ciclo de reposición de bienes elevado e insostenible construido sobre un ideal de crecimiento infinito⁴⁴⁹.

Lo importante de la actividad publicitaria es entender que esta conforma una institución en el sentido sociológico de la palabra, en cuanto esta se erige como un sistema durable de reglas y convenciones sociales establecidas e impregnadas que regulan el comportamiento social. En su carácter institucional, la publicidad tiene la capacidad de moldear y cambiar

⁴⁴⁷MARX, KARL.; ENGELS, FRIEDRICH.; *Manifiesto Comunista*, en <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/48-manif.htm> [Consultado el 07/07/2013].

⁴⁴⁸PACKARD, VANCE, *Las formas ocultas de la propaganda*, traducido al español por Martha Mercader de Sánchez-Albornoz, 1ª edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1959, p. 18.

⁴⁴⁹GARCÍA MORALES, LINO; GUTIÉRREZ COLINO, VICTORIA, *Resiliencia tecnológica*, en *Arte y políticas de identidad*, vol. 10-11/ Jul-Dic. 2014, pp. 135-154.

aspiraciones humanas. El comportamiento sugerido por la actividad publicitaria se impregna en la gente, porque ellas mismas desean seguirlas de forma asidua.

Hodgson propone que las instituciones se manejan a través de una teoría de la causalidad descendente y encuadran las posibilidades de comportamiento de los actores sociales desde un nivel de superestructura. A partir de la superestructura propuesta por las instituciones, los actores sociales empiezan a desarrollar hábitos que luego se pueden tornar en comportamientos sociales. En otras palabras, este tipo de causalidad es vertical, por lo que la forma en que las instituciones encuadren las posibilidades de acción determinará en gran parte las normas de comportamiento social⁴⁵⁰.

Ahora con un panorama más claro del rol de la publicidad se puede empezar a dilucidar sobre si es axiológicamente aceptable la construcción de obsolescencia psicológica a través de la publicidad. Hay dos normativas principales en materia de publicidad: la Ley de Medios y el Código Civil y Comercial de la Nación. Nada en la Ley de Medios apunta hacia la obsolescencia y el medioambiente. Sí regula, en cambio, las publicidades subliminales y discriminatorias, las que involucran problemáticas de la salud y la dirigida a menores (ver art. 81 Ley 26.522). La regulación del Código Civil y Comercial de la Nación, por su parte, apunta hacia el deber de información, la protección de la seguridad y la salud del consumidor, y las prácticas abusivas en general (art.1101).

La protección de la salud y la seguridad es una de las obligaciones centrales en el Sistema de Defensa del Consumidor. Tan así, que es uno de los fundamentos para solicitar daños punitivos. Esta protección puede tornarse central a la hora de argumentar sobre la ética de la obsolescencia psicológica.

Sin embargo, cabe aclarar de antemano que la obsolescencia psicológica no es una publicidad subliminal en el sentido de que produce estímulos inconscientes presentados debajo del umbral sensorial absoluto. La obsolescencia psicológica es una construcción institucional forjada en el tiempo por la actividad publicitaria y uno de los engranajes de la sociedad de consumo. Los receptores de la publicidad son conscientes del mensaje sugerido: ir corriendo tras lo nuevo y vivir como un adicto a las compras.

⁴⁵⁰HODGSON, GEOFFREY M., “*The Hidden Persuaders: Institutions and Individuals in Economic Theory*”, pp.10-11, consultado el 09/09/2015 en: <http://uhra.herts.ac.uk/bitstream/handle/2299/673/900721.pdf?sequence=1>

Bauman postula que la sociedad posmoderna considera a sus miembros en calidad de consumidores. Lejos de ser una institución estructurada, el consumidor ideal es algo volátil: una persona que va tras sus anhelos y quiere todo ya, que está en forma y al día, alguien que no distingue entre hoy y mañana, alguien flexible. Sobre todo alguien “líquido”, todo lo contrario a la “solidez” que regía en la modernidad⁴⁵¹.

Alguien líquido y flexible, una persona posmoderna, debería ser una persona que cambie de la noche a la mañana. Ese tipo de comportamiento social va de la mano con la obsolescencia psicológica, y no es una publicidad subliminal sino un fenómeno sociológico que practicado a escala global en el marco de un sistema de producción lineal de “usar y tirar” lleva a las economías a un estado de insostenibilidad.

Ya hemos desarrollado todos los costos de la insostenibilidad: áreas geográficas enteras sometidas a la desvalorización y vulnerabilidad por disposición deficiente de basura en una economía lineal, sobreendeudamiento de consumidores vulnerados porque no pueden acceder al consumo de bienes sostenibles, daño a la salud, daño ambiental y daño colectivo en general.

Entonces, puede adelantarse que la obsolescencia psicológica es contraria al menos a lo siguiente: el principio de equidad intergeneracional, la protección de la seguridad y la salud de los consumidores y la protección de los intereses económicos de los consumidores.

En primer lugar, el principio de equidad intergeneracional se ve vulnerado en cuanto la obsolescencia psicológica sugiere a los consumidores consumir por encima del umbral global per cápita de consumo en una economía lineal de “usar-tirar” que despilfarra recursos naturales. En segundo lugar, la seguridad y salud de los consumidores se ve afectada en cuanto la disposición de basura en exceso cerca de asentamientos urbanos contamina el agua y conlleva el riesgo de acarrear un sinnúmero de enfermedades. En tercer lugar, los intereses económicos de los consumidores se ven vulnerados tanto por la exposición al sobreendeudamiento como por la desvalorización de las propiedades que están cerca de las áreas de disposición de residuos sólidos urbanos, así también por la exclusión económica que surge en consecuencia.

⁴⁵¹BAUMAN,ZIGMUND, *Modernidad líquida*, traducción de Mirta Rosenberg en colaboración con Jaime Arrambide Squirru, Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A, Buenos Aires, 2002, p. 82.

La incógnita, entonces, es cómo sustanciar una acción contra la obsolescencia psicológica. Podría iniciarse un procedimiento administrativo ante la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisuales (AFSCA) o bien una acción colectiva. El derecho a remover la publicidad y solicitar otro tipo de reparación puede fundarse en el artículo 1101, inciso c, del Código Civil y Comercial de la Nación.

El legitimado activo sería el afectado en su salud, seguridad o intereses económicos por el comportamiento sugerido por la publicidad, o quien pueda accionar representativamente en una acción colectiva. Se debe alegar, en primer lugar, la existencia de una relación de consumo, sea como consumidor, sujeto equiparado o sujeto expuesto a la relación de consumo. En segundo lugar, la existencia de una publicidad ilícita. Por último, un daño individual o colectivo.

Obviamente, el problema en términos de tutela judicial efectiva no es tanto el acceso a la justicia o la reparación del daño, sino la producción de prueba. Una relación causal entre una propaganda y el daño ambiental parece, prima facie, difícil de establecer de conformidad con las reglas de la sana crítica, al punto de correr el riesgo de arbitrariedades procesales contrarias al artículo 18 de la Constitución Nacional. Por ello, quizás sea necesario debatir y regular sobre esta cuestión a futuro.

VII. CONCLUSIONES

- Los principios *pro homine* y de no regresión no admiten construcciones tales como “prácticas comerciales normales” para desentenderse del deber de no dañar.
- Las soluciones que provea el derecho del consumidor no pueden ser insostenibles ni suponer un retraso al desarrollo sostenible.
- Es inadmisibles toda interpretación irrazonable de una norma jurídica que tienda a la desprotección de la persona humana.
- Se recomienda reincorporar al Código Civil y Comercial de la Nación la sanción pecuniaria disuasiva.
- Hay una necesidad de encarar la cuestión del desarrollo sostenible desde una perspectiva solidaria a nivel local y global.

- En materia de obsolescencia programada, el rol de la responsabilidad social empresaria tiene un mayor peso que la legislación actual referente a garantías.
- Se requiere de un mayor debate jurídico axiológico y sociológico en torno a la obsolescencia percibida antes que cuestionar su licitud a través de la vía judicial para así proveer una solución jurídica efectiva y razonable.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- BAUMANZIGMUND, *Modernidad líquida*, traducción de Mirta Rosenberg en colaboración con Jaime Arrambide Squirru, Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A, Buenos Aires, 2002.
- CHAMATROPULOS, DEMETRIO ALEJANDRO.; *Los daños punitivos en la Argentina*; 1ª edición, Buenos Aires, Errepar, 2009.
- CLARKSON, KENNETH W., ET AL; *West's Business Law: Text and Cases*, 11^{va} edición, Cengage Learning, 2009. ISBN-10:0324655223
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (CESE); “DICTAMEN del Comité Económico y Social Europeo sobre Por un consumo más sostenible: la duración de la vida de los productos industriales y la información al consumidor para recuperar la confianza” (dictamen de iniciativa); en: https://webapi.eesc.europa.eu/documentsanonymous/ces1904-2013_00_00_tra_ac_es.doc[Consultado el 06/09/2015].
- GARRIDO CORDOBERA, LIDIA MARÍA ROSA, “Bases constitucionales del derecho de los contratos. Alcances del principio de la autonomía de la voluntad”, en *La Ley* 12/09/2011, 1.
- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; *Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad*; Buenos Aires, Ediar, 2011.
- HODGSON, GEOFFREY M., “The Hidden Persuaders: Institutions and Individuals in Economic Theory”, en: <http://uhra.herts.ac.uk/bitstream/handle/2299/673/900721.pdf?sequence=1>[Consultado el 09/09/2015].

- ISEA SILVA, RICARDO.; “Las empresas y los derechos humanos”, septiembre de 2011, en: http://www.iese.edu/es/files/cuaderno12_final_tcm5-71129.pdf[Consultado el 05/07/2015].
- KAPPEL, VIVIEN, KRAUSS, ANNETTE, LONTZEK, LAURA, “Over-Indebtedness and Microfinance – Constructing an Early Warning Index”, Center for Microfinance, University of Zurich, en: <http://www.accion.org/Document.Doc?id=899> [Consultado el 04/07/2013]. Resumen en español, en: http://www.responsability.com/domains/responsability_ch/data/free_docs/Micro_finance_and_OID_Executive_Summary_ES.pdf.
- LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Consumidores*, 2ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009.
- LORENZETTI, RICARDO LUIS Y OTROS; “Fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”; en: <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>[Consultado el 05/10/2014].
- LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*; parte general, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- MARX, KARL.; ENGELS, FRIEDRICH.; “Manifiesto Comunista”, en <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/48-manif.htm> [Consultado el 07/07/2013].
- NICOLAU, NOEMÍ LIDIA, *Fundamentos de Derecho Contractual*, 1ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2009, Tomo I.
- OCDE (2013), *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es> [Consulta: 05/07/2015]
- PACKARD, VANCE, *Las formas ocultas de la propaganda*, traducido al español por Martha Mercader de Sánchez-Albornoz, 1ª edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1959.
- PNUD; “Informe sobre Desarrollo Humano 2014. Sostener el Progreso Humano: Reducir vulnerabilidades y construir resiliencia”, 2014, eISBN: 978-92-1-056665-0.

- PNUMA, 2011, Hacia una economía verde: Guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza, www.unep.org/greeneconomy, ISBN: 978-92-807-3143-9
- RATNER, STEVEN R., “Corporations and Human Rights: a Theory of Legal Responsibility”; en: http://www.yalelawjournal.org/pdf/371_kuad2tov.pdf[consultado el 05/07/2015].
- RODRÍGUEZ RESCIA, VICTOR; “Responsabilidad social empresarial y derechos humanos: un nuevo paradigma de corresponsabilidad”; Revista de Derecho Empresarial, San José, Costa Rica, No.1 Febrero de 2014; ISSN 2215-373X; pp. 9-18.
- ROSATTI, HORACIO DANIEL, *Derecho ambiental constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007.

